طريقة الخلاف في الفقه

بين الأئمة الأسلاف

تصنيف الشيخ الإمام العلاء العالم
محمد بن عبد الحميد الأسمندى (٥٥٢ هـ)

حققه وعلّق عليه وينشره لأول مرة

الدكتور محمد زكى عبد البر

أستاذ الشريعة الإسلامية والقانون المدنى
بكليات الشريعة والقانون بالجامعات العربية
ونائب رئيس محكمة النقض
(سابقاً)

ملاحظة هامة

نكرر فيما يلى بعض ما ذكرناه فى المقدمة لأهميته :

١ ـــ هذا الكتاب – فى كثير منه – مقارنة بين « فقه أبى حنيفة » و « فقه الشافعى » . وهو أمر ملحوظ فى كتب الحنفية . وقد تكون بين أبى حنيفة وبين صاحبيه .

٢ ـــ كثيراً ما يرد بين العبارات بعد تساؤل بين أمرين حرفان هما : ع م . وقد بين فى هامش الورقة ١/٣٢ من المخطوطة المقصود بهما كما يلى :

حرف العين (ع) يقصد به : « والأول ممنوع » .

وحرف الميم (م) يقصد به : « ولئن سلمنا » .

٣ ـــ وأحياناً يرد أيضاً حرف (هـ) فى مكان ما من الكتاب دون أن يبين فى أى موضع من الكتاب المقصود به . ولعله يشير – عند الناسخ – إلى نهاية ما وقف عنده حتى يستأنف العمل منه . فأثبتناه كما هو فى موضعه .

والله أعلم .

بسم الله الرحمن الرحيم

[١]

كتاب الطهارة

٢/١

١ ـــ **مسألة** : الخارج النجس من بدن الآدمى ، من أى موضع كان ، يوجب انتقاض الطهارة . وعنده[١] من السبيلين .

والوجه فيه – أن الخارج من غير السبيلين يشارك الخارج من السبيلين فى الوصف المؤثر فى إيجاب الوضوء ، فيشاركه فى إيجاب الوضوء . .

وإنما قلنا ذلك – وذلك لأنه يشاركه فى خروج النجاسة ، فيكون مشاركاً له فى الوصف المؤثر فى إيجاب الوضوء .

وإنما قلنا بأنه يشاركه فى خروج النجاسة ، لأن الدم نجس ، ولهذا منع جواز الصلاة[٢] إذا زاد على الدرهم بالإجماع ، وخروج النجاسة وصف مؤثر فى إيجاب الوضوء ، لأن نجاسة المحل توجب الإخلال بالتقرب إلى المعبود وتمنع التعظيم فى العبادة ، فمست الحاجة إلى كمال التعظيم فى العبادة ، وذلك برفع المانع من التعظيم ، وهو النجاسة ، ورفع النجاسة[٣] إنما يكون بضدها ، وهو الطهارة ، حكميًّا كان أو حقيقياً .

---

(١) قال السمرقندى فى التحفة ١ : ٢٣ ـــ « .. وقال [مالك] فى قول ، وهو قول الشافعى : هو خروج الشيء من السبيلين لا غير ، كيفما كان » . وفى الروضة الندية ، ١ : ٨٠ : « .. قال الشافعى رحمه الله : خروج النجاسة من غير الفرجين لا يوجب الوضوء . قال أبو حنيفة رحمه الله : يوجبه بشرطه ... » . وانظر أيضا : ابن رشد ، بداية المجتهد ، ١ : ٣٤ . وابن قدامة : المغنى ، ١ : ١٨٤ .

(٢) هنا تبدو علامة نقص وفى الهامش بخط غير واضح : « بالإجماع » وهذه الكلمة موجودة بعد قليل .

(٣) قد تكون « الجنابة » .

فعلم أنه يشاركه فى الوصف المؤثر فى إيجاب الوضوء ، فيشاركه فى إيجابه .

فإن قيل : قولكم بأن الخارج من غير السبيل يشارك الخارج من السبيلين - قلنا : لا نسلم . وظاهر أنه لا يشاركه ، لأن الحكم فى السبيلين ثبت نصاً غير معقول المعنى ، على سبيل التعبد ، فلا يتعدى إلى غيره .

ولئن سلمنا أنه يشاركه فيما ذكرتم ، ولكن لم قلتم بأن خروج النجاسة وصف مؤثر ، أو نقول : الحكم تعلق بحقيقة النجاسة أم بدليلها ؟ ع م . وهذا لأن الخارج من السبيلين قد يكون نجسا كالبول والعَذِرة(١) ، وقد يكون طاهراً كالولد والدود ، فلو علقنا الحكم بأحدهما دون الآخر يحتاج الإنسان إلى النظر والتمييز بين خارج وخارج ، فيؤدى إلى الحرج والاستقذار(٢) - فالشرع أعرض عن اعتبار حقيقة النجاسة وعلق الحكم بدليلها ، وقد وجد ذلك فى السبيلين ، لأنهما أعدا لخروج النجاسة خلقة ، فكان نفس/ الخروج دليلاً على نجاسة الخارج ، ولم يوجد فى غير السبيلين ، لأنه أعد لخروج الطاهرات كالدمع والبزاق(٣) والعرق وغيرها ، فلا يكون المخرج دليلاً على نجاسة الخارج .

١/٢

ولئن سلمنا أن الحكم معلق بحقيقة النجاسة - لكن لم قلتم بأن نجاسة الخارج من غير السبيلين مثل النجاسة الخارجة من السبيلين ، ليصح القياس ؟ . وبيان التفاوت أن النجاسة الخارجة من السبيلين أغلظ ، لأن المحلين أعدا لخروج النجاسة . ثم الدليل على المفارقة بينهما الأحكام :

منها - أن النجاسة القليلة إذا ظهرت على رأس الجرح(٤) لا توجب .

---

(١) العَذِرة : الغائط (المعجم الوسيط) .

(٢) استقذر الشيءَ : قَذِره ـــ تَقَذَّره (المعجم الوسيط) .

(٣) البُزاق البصاق (المعجم الوسيط) .

(٤) كذا يبدو فى الأصل دون نقط . وفى السمرقندى ، التحفة (١ : ٩٥) أن الدم الذى لم يسل عن رأس الجرح لا يكون نجسا على قياس ما ذكر لأنه لا يتعلق به وجوب الوضوء . وفيه أيضاً (١ : ١٢٠) أن النجاسة القليلة على الثوب والبدن لا تمنع جواز الصلاة غليظة أو خفيفة =

ومنها - أن الدودة إذا سقطت منه لا توجب ، وإذا سقطت من السبيلين توجب أو ظهرت على رأس الإحليل(١) .

ومنها - أن الريح إذا خرجت من غير السبيلين لا توجب ، وإذا خرجت من السبيلين توجب .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ أَوْ جاء أحدٌ منكم من الغَائطِ ﴾ منسوقاً(٢) على قوله تعالى : ﴿ فاغْسِلوا وجُوهَكم ﴾ : علق إيجاب الوضوء بالمجيء من الغائط ، والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط . وبما روى عن النبى ﷺ أنه قاء فغسل فمه وقال : « هكذا الوضوء من القيء » . ولحديث عمر وابن عباس(٣) .

= استحساناً والقياس أن تمنع جواز الصلاة وهو قول زفر والشافعى ، إلا إذا كانت لا تأخذها العين أو ما لا يمكن الاحتراز عنه ... الخ .

وفى هامش الأصل عبارة غير مقروءة .

(١) الإحليل مخرج البول ومخرج اللبن من الثدى والضرع (المعجم الوسيط) .

(٢) النسق ــ حروف النَّسْق حروف العطف يقال : هذا نَسْق على هذا : عطف عليه والنَّسَق والمنسوق المنتظم المتلائم على نظام واحد (المعجم الوسيط) وظاهر أن المقصود هنا قوله تعالى فى سورة المائدة : ٦ : ﴿ يا أيُّها الَّذينَ آمنُوا إذا قُمتم إلى الصلاةِ فاغْسِلوا وجُوهَكم وأيديَكم إلى المرافقِ وامسحُوا برءوسِكم وأرجلكم إلى الكعبينِ وإنْ كُنتم جُنُباً فاطَّهرُوا وإن كنتم مَرضَى أو على سَفَرٍ أو جاءَ أحدٌ منكم الغائطِ أو لامسْتم النساءَ فلم تجدوا ماءً فتيمَّمُوا صَعِيداً طيِّباً فامسحُوا بوجوهِكم وأيديكم منه ... ﴾ وقال فى سورة النساء : ٤٣ ﴿ وإنْ كُنتم مَرْضَى أو على سَفر أو جاءَ أحدٌ منكم من الغائطِ أو لامسْتم النساءَ فلم تجدُوا ماءً فتيمَّمُوا صعِيداً طَيِّباً فامسحوا بوجوهِكم وأيديكم ... ﴾ .

(٣) عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : « من أصابه قىء أو رُعاف أو قَلَس أو مذى فلينصرف فليتوضأ ثم ليبن على صلاته وهو فى ذلك لا يتكلم » أخرجه ابن ماجة وضعفه أحمد وغيره - ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٦٨ ص ١٢ وسبل السلام ، ١ : رقم ٦٨ ص ١٠٦ ــ ١٠٧ . وانظر : السمرقندى ، التحفة ، ١ : ٩٤ وما بعدها وابن رشد ، بداية المجتهد ، ١ : ٣٥ « وبما روى عن عمر وابن عمر رضى الله عنهما من إيجابهما الوضوء من الرُّعاف ، وابن قدامة ، المغنى ، ١ ، ١٨٤ وما بعدها .

الجواب :

– أما قوله بأن الحكم ثمة ثبت غير معقول المعنى – قلنا : لا نسلم ، بل ثبت معقول المعنى ، وإن كان منصوصاً . والمعقول ما ذكرنا من المناسبة .

– قوله : الحكم تعلق بحقيقة النجاسة أم بدليلها ؟ قلنا : بحقيقة النجاسة ، لأن المؤثر حقيقة النجاسة على ما مر .

– قوله : التميز متعذر – قلنا : لا حاجة إلى التميز ، لأن الخارج من السبيلين لا يكون إلا نجساً ، إما بذاته أو بمجاورة النجس إياه . وإذا أمكن تعلق الحكم بالحقيقة لا ضرورة إلى تعليق الحكم بالدليل ، وهو المخرج لأنه عضو طاهر .

– قوله : لم قلتم بأن الخارج مثل الخارج – قلنا : لأن الشرع سوى بينهما فى أحكام النجاسة .

– قوله : بأن المحلين أعدا لخروج النجاسة – قلنا : بلى ، ولكنه عضو طاهر كسائر الأعضاء ، فلا تأثير له فى غلظ الخارج .

٢/٢ – وأما الأحكام : فالأصل فى تخريجها / أن الطهارة إنما تنتقض بخروج النجاسة إلا أن الخروج من السبيلين يحصل بمجرد الظهور ، لأن ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة ، فإذا ظهرت النجاسة علم أنها انتقلت من موضع آخر ، وفى غير السبيلين لا يتحقق الخروج إلا بالسيلان ، لأن تحت كل بشرة بِلة سيالة(١) فتظهر بزوال الحائل ، لا بالانتقال ، فلابد من السيلان .

وكذلك الدودة والريح ، لا يخلو عن مجاورة قليل النجاسة المنتقلة عن موضع آخر ، فيتحقق الخروج . وفى غير السبيلين لا يتحقق الخروج ، فافترقا .

وأما الآية – قوله : المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط – قلنا : لا نسلم . وظاهر

---

(١) البِلة بالكسر النداوة والبَلل الندى (مختار الصحاح) وسال الماء سيلاً وسيلاناً جرى (المعجم الوسيط) .

أنه لا ينفى وجوده قبل الشرط ، فإنه لو علق طلاق امرأته بدخول الدار لا يكون نافياً طلاقها قبل الدخول على ما عرف .

وأما حديث القيء – قلنا : يحتمل أنه كان ملء الفم فيكون ناقضاً . ويحتمل أنه كان أقل منه فلا يكون ناقضا . على أن الظاهر من حاله قلة القيء ، لقلة أكله ، عملاً بالدليل .

وأما حديث عمر – فلا حجة فيه ، لأنه صاحب الجرح السائل .

وحديث ابن عباس – محمول على نفى الاغتسال ، رداً على من كان يوجب ذلك ، عملاً بالأدلة .

والله أعلم .

٢ ــ **مسألة** : النية والترتيب فى الوضوء ليسا بشرط . وعنده[١] شرط .

والوجه فيه – أن شرط جواز الصلاة إنما هو الطهارة ، وقد حصلت ، فتجوز الصلاة ، قياساً على مواضع الإجماع .

وإنما قلنا ذلك – لقوله عليه السلام : « لا صلاة إلا بطهارة » .

وإنما قلنا : قد حصلت الطهارة ، لأنه وجد استعمال الماء ، والماء طهور مطلقاً ، لقوله تعالى : ﴿ وأنزلنا من السَّماء ماءً طهُوراً ﴾[٢] والطَّهور اسم لما يطهر غيره نقلاً عن أئمة التفسير واللغة[٣] . وإذا وجد استعمال المطهِّر ، تحصل الطهارة ضرورة ، فيكتفى به .

فإن قيل : قولكم بأن الطهور اسم لما يطهر غيره – قلنا : لا نسلم ، بل الطهور اسم للطاهر على سبيل المبالغة ، كالأكول اسم للآكل على سبيل المبالغة[٤] .

---

(١) أى الشافعي – انظر السمرقندى ، التحفة ١ : ١٣ و ١٦ ففيه : أنهما سنة عند الحنفية فرض عند الشافعي .

(٢) الفرقان : ٤٨ . وانظر : الأنفال : ١١ .

(٣ ــ ٤) الطَّهور : الطاهر فى نفسه المطهر لغيره ــ كذا فى المعجم الوسيط .

١/٣ ولئن سلمنا أن الطهور اسم للمطهر ، ولكن بمعنى إزالة / النجاسة الحقيقية(١) أم بمعنى إزالة النجاسة الحكمية ؟ م ع غاية ما فى الباب أنه مطلق ، ولكنهما أمران متغايران ، فلو حملنا اللفظ عليهما يؤدى إلى اشتمال اللفظ الواحد على معنيين مختلفين .

ولئن سلمنا أن الطهارة قد حصلت ، ولكن لم قلتم بأنه يجوز الصلاة بدون النية للصلاة عند الوضوء ؟ .

ثم هذا معارض بالكتاب والسنة .

أما الكتاب –[فـ] قوله تعالى : ﴿ إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم ﴾(٢) أى للصلاة .

وأما السنّة – [فـ] قوله عليه السلام : « الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى » .

الجواب :

قوله : الطهور اسم للطاهر – قلنا : لا نسلم ، بل اسم للمطهر [فى] اللغة [والتفسير](٣) .

= وقال الشوكانى فى فتح القدير ، ٤ : ٨٠ : « .... ماء طهورا أى يتطهر به . قال الأزهرى : الطهور فى اللغة الطاهر المطهر . والطهور ما يتطهر به ... هذا هو المعروف فى اللغة . وقد ذهب الجمهور إلى أن الطهور هو الطاهر المطهر . ويؤيد ذلك كونه بناء مبالغة . وروى عن أبى حنيفة أنه قال : الطهور هو الطاهر واستدل لذلك بقوله تعالى : ﴿ وسَقاهم ربُّهم شَراباً طَهوراً ﴾ الإنسان : ٢١ ، يعنى طاهراً ... ورجح القول الأول ثعلب ، وهو راجح لما تقدم من حكاية الأزهرى لذلك عن أهل اللغة ... وعلى كل حال فقد ورد الشرع بأن الماء طاهر فى نفسه مطهر لغيره – قال الله تعالى : ﴿ ويُنزِّل عليكم من السماءِ ماءً ليُطهِّرَكم بهِ ﴾ (الأنفال : ١١) وقال النبى ﷺ « خلق الماء طهورا ... » .

(١) فى الأصل : « الحقيقة » – قال السمرقندى ، التحفة ، ١ : ٢٢ « الحدث نوعان : حقيقى وحكمى » وسيأتى بعد قليل : « النجاسة الحقيقية أم الحكمية » .

(٢) المائدة ٦ — وهى : ﴿ يا أيُّها الَّذينَ آمنُوا إذا قُمتم إلى الصلاةِ فاغْسِلوا وجوهَكم وأيديَكم إلى المرافقِ وامسَحوا برءوسِكم وأرجلَكم إلى الكعْبينِ ... ﴾ .

(٣) الظاهر فى متن الأصل : « اسم للمطهر .. » وفوقهما بين السطور : « للطاهر » . وفى =

[قوله(١) : بمعنى إزالة النجاسة الحقيقية أم الحكمية ؟ – قلنا : اللفظ مطلق فيتناولهما .

قوله : بأن الطهارة الحقيقية مخالفة للطهارة الحكمية – قلنا : هذه مخالفة من حيث النوع ، وإنها لا تمنع دخوله تحت مطلق الاسم ، كالرقبة التركية والهندية فى قوله تعالى : ﴿ فَتحرِيرُ رقَبةٍ ﴾(٢) .

قوله : لم قلتم بأنه تجوز الصلاة بدون النية للصلاة عند الوضوء وإن حصلت الطهارة – قلنا : لأن الطهارة إذا حصلت وجب القول بجواز الصلاة ، لقوله عليه السلام : « لا صلاة إلا بطهارة » : نفى واستثنى ، والاستثناء من النفى إثبات .

وأما الآية – قلنا : نقل عن ابن عباس أنه أضمر فيها « إذا قمتم إلى الصلاة ، وأنتم محدثون » فلم قلتم بأنه محدث ؟ .

وأما الحديث – قلنا : المراد من الأحاديث الأعمال التى هى عبادة لإجماعنا على أن النية ليست بشرط فيما ليس بعبادة ، ونحن نسلم أن الوضوء إذا عرى عن النية لا يقع عبادة ، ولكنه يقع وسيلة إلى الصلاة ، لما ذكرنا من حصول الغرض ، وهو الطهارة ، كالسعى إلى الجامع .

= الهامش كذا « قلنا : لا نسلم بل اسم للمطهر – اللغة و » والظاهر أن الكلمة الناقصة « التفسير » .

(١) « قوله » فى الهامش .

(٢) النساء : ٩٢ : ﴿ ومَن قَتَلَ مؤمناً خطأً فتحريرُ رقبةٍ مؤمنةٍ ... فإنْ كانَ منْ قومٍ عدوٍّ لكم وهوَ مؤمنٌ فتحريرُ رقبةٍ مؤمنةٍ :...وإنْ كان منْ قومٍ بينَكم وبينَهم ميثاقٌ فديةٌ مسلمةٌ إلى أهلِهِ وتحريرُ رقبةٍ مؤمنةٍ ... ﴾

والمائدة : ٨٩ . ﴿ ... ولكن يُؤاخذكم بما عقَّدتم الأيمانَ فكفارتُه إطعامُ عشرةِ مساكينَ منْ أوسطِ ما تُطعمونَ أهليكُم أو كسوتُهم أو تحريرُ رقبةٍ ... ﴾ .

والمجادلة : ٣ : ﴿ والذين يُظاهرون من نسائِهم ثم يَعودونَ لما قالوا فتحريرُ رقبةٍ من قبل أنْ يتماسَّا ... ﴾ .

والبلد : ١٢ ـــ ١٣ : ﴿ وما أدراكَ ما العقبةُ ۔ فكُّ رقبةٍ ﴾ .

٣ ــ **مسألة** : إزالة النجاسة الحقيقية بما سوى الماء من المائعات الطاهرات جائزة . وعنده لا يجوز[١] .

والوجه فيه – أن الخل شارك الماء فى كونه مؤثراً فى إزالة النجاسة ، فيشاركه فى إفادة الطهارة .

٢/٣ وإنما قلنا ذلك – لأن الماء شيء رقيق لطيف فيدخل خلال الثوب / فتصحبه أجزاء النجاسة . فإذا عصر الثوب يزول عنه الماء فيزول معه ما صحبه من أجزاء النجاسة ، والخل يشاركه فى هذا الوصف بل فوقه فى قلع الآثار ، فعلم أن الخل يشارك الماء فى كونه مؤثراً فى إزالة النجاسة ، فوجب أن يشاركه فى إفادة الطهارة ، لأن الماء إنما يؤثر فى إفادة الطهارة لكونه مؤثراً فى إزالة النجاسة ، لأن نجاسة الثوب ما كان باعتبار ذاته ، فإن ذاته طاهر ، بل باعتبار مجاورة النجاسة إياه ، فإذا زالت المجاورة صار الثوب طاهراً – هذا المعنى موجود فى الخل ، بل أقوى ، فيفيد الطهارة ضرورة .

فإن قيل : قولكم بأن الخل شارك الماء فى كونه مؤثراً لإزالة النجاسة – قلنا : لا نسلم بأنه يؤثر فى إزالة النجاسة ، وهذا لأن الخل إذا خالط نجاسة الثوب يصير نجساً ، والنجس لا يزيل النجاسة ، وهكذا نقول فى الماء ، إلا أن الشرع حكم ثمة بالطهارة لمكان الضرورة غير معقول المعنى ، فلا يتعدى إلى غيره .

ولئن سلمنا أن الخل يؤثر فى إزالة النجاسة الحقيقية ، ولكن لم قلتم بأنه يؤثر فى إفادة الطهارة الشرعية ، وهذا لأن المعنى من الطهارة الشرعية كون المحل بحال يجوز أداء الصلاة معه ، وهذه الحالة تزول بسبب المجاورة ، كما تزول عن أعضاء المحدث بسبب الحدث ، ثم زوال السبب وهو عين النجاسة ، لا يوجب زوال هذا الحكم – دل عليه أنه لا يجوز إزالة الحدث به .

---

(١) قال بالجواز أبو حنيفة وأبو يوسف . وبعدم الجواز محمد وزفر والشافعى ــ السمرقندى ، التحفة ، ١ : ١٢٥ .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام : « حتيه واقرصيه واغسليه بالماء »[١] .

الجواب :

قوله : الخل بمخالطة النجاسة يصير نجساً ، فلا يزيل النجاسة – قلنا : عنه جوابان :

أحدهما – لا نسلم بأنه يصير نجساً ، بل يبقى طاهرا شرعا ما دام على المحل ، ضرورة إقامة التكليف .

والثانى – أنه يصير نجساً ، ولكن نجاسة المجاورة لا نجاسة الذات . فإذا تقللت المجاورة وزالت النجاسة شيئاً فشيئاً بتكرار الغسل ، يبقى الماء الأخير خاليا من المجاور النجس ، فكان طاهراً.

١/٤ / قوله : لم قلتم بأنه يؤثر فى إفادة الطهارة الشرعية – قلنا : لأنه المعنى من طهارة الثوب شرعاً ، كونه بحال يجوز أداء الصلاة فيه ، والثوب كان بهذه الحالة ، إلا أنه امتنع عمله لمانع ، وهو مجاورة النجاسة ، فإذا زال المانع ، عمل عمله ، وصار الثوب بحال لو صلى معه يحصل كمال التعظيم ، فاشتراط الماء منع له من ذلك ، فلا يجوز ، بخلاف المحدث ، لأنه نجاسة حكمية ، فيتبع فى إزالته مورد الشرع ، أما ههنا بخلافه وبخلاف المائعات الدسمات ، لأن الدسومة مانعة من القلع .

وأما الحديث – قلنا : أوجب الغسل بالماء لغيره ، وهو زوال النجاسة ، لا لعينه ، لأن الغرض هو التطهير بالآية[٢] ، فإذا حصل المقصود ، فلا حاجة إلى اشتراط الماء على التعيين .

والله أعلم .

---

(١) عن أسماء بنت أبى بكر رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال فى دم الحيض يصيب الثوب : « تَحُتُّه ثم تَقْرُصُه بالماء ثم تَنْضَحُه ثم تصلى فيه » . ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٢٧ ص ٦ . وفى هامشه : ثم تنضحه أى تغسله . وسبل السلام ، ١ : رقم ٢٧ ، ص ٥٥ — ٥٦ .

(٢) وهى قوله تعالى : ﴿ وأنزلنا من السماءِ ماءً طهوراً ﴾ (الفرقان : ٤٨) . وقوله : =

[٢]

كتاب الزكاة

٤ ـــ **مسألة** : الزكاة واجبة فى الحلى . ولا تجب عنده[١] .

والوجه فيه ـــ أن الزكاة حكم متعلق بوصف ملازم لعين الذهب والفضة ، وهو الثمنية ، فيبقى ما بقى العين ، قياساً على حكم الربا : فإنه متعلق بوصف ملازم للذهب والفضة وهو الوزن أو الثمنية .

وإنما قلنا ذلك – لأن سبب وجوب الزكاة مال نام مقدر ، لأن الزكاة فى اللغة عبارة عن النماء والزيادة ، إلا أن الحكم غير متعلق بحقيقة النماء ، لأنه قد يحصل وقد لا يحصل ، فتعلق الحكم بدليله ، وهو التجارة . ولا يمكن أيضاً تعليقه بحقيقة التجارة ، لأنها قد توجد وقد لا توجد ، فتعلق بدليل التجارة ، ودليل التجارة فى الذهب والفضة الثمنية ، لأنها داعية إلى التجارة ، فكانت الزكاة متعلقة بوصف الثمنية ، ووصف الثمنية ملازم لعين الذهب والفضة ، وإنها باقية بعد الصياغة ، لأن المعنى من الثمنية كونه بحال يقدر به مالية الأشياء ويتوصل إليها ، وهو بهذه الصفة بعد الصياغة ، فيبقى الحكم المتعلق ، فتجب الزكاة .

فإن قيل : قولكم بأن سبب وجوب الزكاة مال نام ، لأن الزكاة عبارة عن النماء ـــ قلنا : لا نسلم ، بل الزكاة عبارة عن الطهارة ، فلا يناسبهـ[ـا] النماء .

= ﴿ ... وينزّل عليكم من السماءِ ماءً لِيُطَهِّرَكُم به ﴾ (الأنفال : ١١) وراجع فيما تقدم ص ٥ – ٦ والهامش ٣ – ٤ منها .

(١) عند الشافعى إذا كانت حلياً يحل لبسها كحلى النساء وخواتيم الفضة للرجال ونحوها لا زكاة فيها فى أحد القولين – السمرقندى ، التحفة ، ١ : ٤١٤ . وقال الشيرازى فى المهذب ، ١ : ١٥٨ : « وإن كان (أى المصوغ) معداً لاستعمال مباح كحلى النساء وما أعد لهن ، وخاتم الفضة للرجال ففيه قولان : أحدهما لا تجب فيه الزكاة .. والثانى تجب فيه الزكاة واستخار الله فيه الشافعى واختاره » . وفى رءوس المسائل للزمخشرى (٥٣٨ هـ) المسألة ١١٥ ص ٢١٦ ـــ ٢١٧ : « الزكاة تجب فى الحلى عندنا (عند الحنفية) سواء كان للرجال أو للنساء . وعند الشافعى لا تجب إذا كان للنساء ... » .

ولئن / سلمنا أن سبب وجوب الزكاة مال نام ، ولكن لم قلتم بأنه موجود هنا ؟ . ٢/٤

قوله – بأن الحكم تعلق بدليل النماء ، وهو دليل الثمنية : قلنا : [هل] الحكم تعلق بالثمنية التى تثبت بأصل الخلقة أم بالثمنية التى تثبت باصطلاح الناس ؟ ع م . وهذا لأن الذهب والفضة كما يصلحان لجهة[١] الثمنية يصلحان لمصالح أخر ، فلا تتعين الثمنية بأصل الخلقة ، وإنما تصير الثمنية باصطلاح الناس ، وهو الداعى إلى التجارة ، والحلى لا تعد للثمنية باصطلاح الناس غالبا ، فلا يجب فيها الزكاة .

ولئن سلمنا بأن الذهب والفضة خلقا فى الأصل ثمناً ، ولكن لم قلتم بأنه بقى هذا الوصف بعد الصياغة ؟ وهذا لأن الوصف الثابت بأصل الخلقة قد يبطل بعارض من جهة العبد ، بأن يجعل العوامل سوائم والسوائم عوامل[٢] ، فتجب الزكاة مرة وتبطل أخرى ، واتخاذه حليا يشعر بإعداده للإمساك ، فكونه ثمناً يشعر بإعداده للإخراج ، وبينهما تناف .

ثم هذا القول معارض بقوله عليه السلام : « لا زكاة فى الحلى » وقول ابن عمر : « زكاة الحلى إعارتها »[٣] .

الجواب :

– قوله : بأن الزكاة عبارة عن الطهارة – قلنا : بلى . ولكن المراد ههنا معنى النماء ،

(١) الجهة الجانب والناحية . وفعلت كذا على جهة كذا : على نحوه وقصده – المعجم الوسيط .

(٢) العوامل جمع عاملة وهى ما تستعمل فى الحرث والدياسة والسقى من البقر والإبل . والسوائم جمع سائمة وهى كل إبل أو ماشية ترسل للرعى ولا تعلف – المعجم الوسيط .

وعن على رضى الله عنه قال : « ليس فى البقر العوامل صدقة » رواه أبو داود والدارقطنى والراجح وقفه (ابن حجر ، بلوغ المرام : رقم ٤٨٨ ص ٨٤) . أما السوائم ففيها الصدقة – المرجع السابق ، رقم ٤٨٦ ص ٨٤ .

(٣) راجع : ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٤٩٧ – ٤٩٩ ص ٨٦ . وسبل السلام ، رقم ٥٧٩ و ٥٨٠ ص ٦١٤ – ٦١٥ .

لأن الله تعالى أمر بإيتاء الزكاة ، والأمر بإيتاء الطهارة لا يجوز ، فلا يجوز أن يقال « آتوا الطهارة » ولكن يجوز أن يقال « آتوا[١] الزيادة من المال » ، فكان ما ذكرناه أولى .

- قوله : الحكم تعلق بالثمنية الثابتة بأصل الخلقة أم باصطلاح الناس ؟ قلنا : بالثمنية الثابتة بأصل الخلقة وإن كان [ـت] الثمنية الثابتة بالاصطلاح أدعى إلى النماء ، لأن الحكم لا يدار على النهاية فى الدليل ، وإنما يدار على أصل الدليل ، كما فى السفر مع المشقة .

- قوله : هما لا يتعينان للثمنية - قلنا : لا نسلم ، بل يتعينان من حيث إنها هى الخلقة[٢] الأصلية منهما ، وغيرها تبع .

- قوله : لم قلتم بأنه بقى هذا الوصف بعد الصياغة ؟ قلنا : لأنه كان قبل الصياغة ، والصياغة لا تبطله حقيقة وشرعاً : أما حقيقة فلأن اتخاذه حلياً يحتمل الإمساك للتحلى ويحتمل / الصرف فى التجارة ، لكونه صالحا لهما ، فلا تبطل الثمنية الخلقية بالشك والاحتمال . وأما شرعاً فلأن الشرع أطلق التحلى للنساء ، ولو كان مبطلاً لما أطلق ، لأنه حينئذ يكون إخلالاً بأعلى المصلحتين لإقامة أدناهما ، بخلاف الدواب ، لأن كلا من الإسامة والإعمال مصلحة موازنة[٣] للأخرى . ١/٥

وأما الحديث - قالوا : إنه غير ثابت . ولئن ثبت فيحمل على اللآلىء والجواهر عملاً بالدليلين .

والله أعلم .

---

(١) عبارة « الطهارة ... آتوا » وردت فى الهامش تصحيحا أو تكملة لنقص وقع من الناسخ .

(٢) كذا تزاها جرياً على ما سبق من تعبير وإن كانت غير واضحة هنا .

(٣) وازن بين الشيئين موازنة ووزاناً سَاوَى وعَادل - المعجم الوسيط - هنا أى مساوية للأخرى .

٥ ــ **مسألة** : لا تجب الزكاة فى المال الضِمار[١] . وعنده تجب[٢] .

والوجه فيه - أن مال الضِمار ليس بنام ، فلا تجب الزكاة فيه ، قياساً على ثياب البذلة[٣] .

وإنما قلنا ذلك - وذلك لأنه لو كان نامياً : إما أن يكون نامياً حقيقة ، أو تقديرا بقيام دليل النماء - لا وجه للأول لأنه لم يوجد حقيقة لأن الكلام فيه . ولا وجه للثانى لأن دليل النماء هو التجارة ، ودليل التجارة القدرة عليها ، ولم توجد القدرة ههنا - لأن ذلك إنما يكون بالنبش[٤] والنبش إنما يكون بالتذكر ، والتذكر غير مقدور له ، فلا يكون نامياً ، لا بحقيقته ولا بدليله ، فلا تجب الزكاة لانعدام السبب المناسب .

فإن قيل : التعليل يشكل بالمال الموضوع فى صندوقه إذا نسيه حتى حال الحول ، وبالدين على المفلس المقر ، والمال المدفون فى البيت ، والكَرْم[٥] إذا نسى مكانه ، والوديعة إذا نسى المودع ، ومال ابن السبيل - فإنه تجب الزكاة فى هذه الصور مع وجود ما ذكرتم .

ثم نقول : لا نسلم بأن دليل النماء هو القدرة على التجارة ، بل دليل النماء صلاحيته للتجارة عند تصور التجارة ، وقد وجد ههنا .

---

(١) مال ضِمار لا يرجى عوده . ودين ضمار ليس له أجل معلوم أو لا يرجى أداؤه - المعجم الوسيط .

(٢) قال السمرقندى فى التحفة ، ١ : ٤٥٨ : « وعند الشافعى الديون كلها سواء وتجب الزكاة فيها والأداء وإن لم يقبض » .

(٣) انظر : السمرقندى ، ١ : ٤٥٩ .

(٤) نبشه استثاره ليستخرج ما فيه . ونبش الحديث وعن الحديث فتش عنه واستخرجه - المعجم الوسيط .

(٥) من معانى الكَرْم القلادة - يقال : رأيت فى عنقها كَرْماً حسناً من لؤلؤ - مختار الصحاح .

ولئن سلمنا أن دليل النماء هو القدرة ، ولكن لم قلتم بأنه لم توجد ؟ وهذا لأن القدرة بالتذكر ، والتذكر غالب الوجود ، وإن لم يوجد فبدله الحكم عليه ، كما فى السفر مع المشقة .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ والَّذين فى أمْوالِهم حقٌّ مَعْلُومٌ ﴾[١] وقوله عليه السلام : « فى الرِّقَة ربع العشر[٢] » إلى غيرها من النصوص مطلقاً من غير فصل .

الجواب :

٢/٥ أما المال الموضوع فى الصندوق - [فـ] لا يرد نقضاً ، لأن التذكر / ثم أغلب والنسيان نادر ، أما ههنا على العكس .

وأما الدين على المفلس - قلنا : القدرة ثابتة ثمة فى الجملة ، بأن يشترى شيئاً بالدراهم ويحيل البائع عليه .

وأما المال المدفون فى البيت - فطريق الوصول فى يده ، وهو نبش[٣] كل البيت .

ومسألة المودع - إن لم يعرف فى الابتداء ، لا تجب الزكاة فيه . وإن عرفه ثم نسيه تجب ، لأن نسيان من يودع نادر ، فألحق بالعدم .

وأما المدفون من[٤] الكرم - [فقد] اختلف المشايخ فيه ، فمنع .

---

(١) المعارج : ٢٤ - ٢٥ : ﴿ والَّذين فى أموالهم حقٌّ معلومٌ للسائِلِ والمحرومِ ﴾ . والذاريات : ١٩ : ﴿ وفى أموالهم حقٌّ للسائِلِ والمحرومِ ﴾ وفى الأصل : ﴿ وفى أموالهم حق معلوم ﴾ بدون « الذين » .

(٢) من حديث طويل أورده ابن حجر فى بلوغ المرام (رقم ٤٨٢ ص ٨٢ - ٨٣) عن أنس رضى الله عنه مما كتب له أبو بكر الصديق رضى الله عنه - رواه البخارى . والرقة بكسر الراء وتخفيف القاف الفضة الخالصة - الهامش ٤ من بلوغ المرام ص ٨٣ وفى المغنى ، ٣ :٣ « الرِّقَة هى الدراهم المضروبة » - انظر « وَرِق » فى مختار الصحاح .

(٣) نَبَشه نَبْشاً استثاره ليستخرج ما فيه - المعجم الوسيط .

(٤) فى الأصل : « فى » راجع فيما تقدم ص ١٥ هامش ٥ .

وأما مال ابن السبيل - [فـ] مال نام، لأنه قدر على استنمائه ، إما بنفسه بأن يذهب إليه ، أو بنائبه .

قوله : بأن دليل النماء هو الصلاحية للتجارة - قلنا : ليس كذلك ، لأن الصلاحية قد تفضى وقد لا تفضى ، إذ ليس كل ما يصلح لأمر يستعمل فى ذلك ليربو .

قوله : بأن التذكر غالب[١] - قلنا : لا نسلم ، بل هو محتمل احتمالاً على السواء .

ولئن سلمنا أنه غالب ، ولكن إنما يكون قادراً عند وجود طريقه ، فإذا لم يوجد حتى تم الحول ، لم يكن الاعتذار دليلا ، بخلاف السفر ، فإن المشقة فيه غالبة والترفه نادر .

وأما النصوص - قلنا : هذه عمومات خصت منها ثياب البذلة وبدل الكتابة وغيرها - فيخص المتنازع فيه ، بما ذكرنا من الدليل .

والله أعلم .

٦ ـــ **مسألة** : المستفاد من جنس النصاب يضم إلى ما عنده من النصاب فى حكم الحول . والمراد أنه تجب الزكاة فيه عند تمام الحول على الأصل . وعنده لا يضم[٢] .

والوجه فيه - أن اشتراط الحول للمستفاد يؤدى إلى العسر ، فوجب أن لا يشترط ، قياساً على الأولاد والأرباح .

وإنما قلنا ذلك - لأن أسباب المستفاد يكثر وجودها ، فلو شرطنا الحول لكل مستفاد ، يحتاج إلى اعتبار ابتداء الحول وانتهائه لكل مستفاد فيؤدى إلى العسر ، والحول فى باب الزكاة حيث شرط إنما شرط لدفع العسر والحرج ، فإذا أدى إلى العسر والحرج وجب أن لا يشترط كما قلنا فى الأولاد والأرباح .

---

(١) فى الأصل : « غالباً » - انظر ما يلى .

(٢) انظر : السمرقندى ، التحفة ، ١ : ٤٣٢ وما بعدها .

١/٦ فإن قيل : التعليل يشكل بالمستفاد بخلاف الجنس ثم يقول : أيْش(١) / تعنى بأن اشتراط الحول فى المستفاد يؤدى إلى العسر ؟ – تعنى به أصل المشقة أو تعنى به نهاية المشقة الخارجة عن الوسع ؟ إن عنيت به الأول ، فهو المقصود من العبادات . وإن عنيت به الثانى فلا نسلم أنه ثابت ههنا ، وإن سلمنا أنه يؤدى إلى العسر . ولكن لم قلتم بأنه لا يشترط ؟ .

وأما القياس على الأولاد والأرباح – قلنا : الفرق ظاهر ، وهو أنا قلنا ثم بالضم لعلة التبعية ، والتبع له حكم الأصل ، أما ههنا بخلافه .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام « لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول »(٢) وبقوله عليه السلام : « من استفاد مالاً فلا زكاة عليه حتى يحول الحول »(٣) .

الجواب :

أما المستفاد بخلاف الجنس – إنما لا يضم ، لأن اشتراط الحول لا يؤدى إلى العسر ، لأنه لا يكثر وجوده . أما هنا بخلافه .

قوله : أيش(٤) تعنى بالمشقة ؟ قلنا : نعنى بها المشقة الزائدة على المشقة الحاصلة بنفس أداء الزكاة لما ذكرنا ، لا أصل المشقة .

قوله – بأن الضم فى الأولاد إنما كان للتبعية – قلنا : لا نسلم ، بل كان لما ذكرنا ، من دفع الحرج ، لمكان المناسبة .

وأما الأحاديث – قلنا : عمومات خص منها البعض ، والعام إذا خص منه البعض

---

(١) أيْش منحوت من « أى شىء » بمعناه . وقد تكلمت به العرب – المعجم الوسيط .

(٢) فى ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٤٨٧ ص ٨٤ : « .. وليس فى مال زكاة حتى يحول عليه الحول » رواه أبو داود وهو حسن . وقد اختلف فى رفعه » .

(٣) فى ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٤٨٧ ص ٨٤ : « وللترمذى عن ابن عمر : « من استفاد مالاً فلا زكاة عليه حتى يحول الحول » . والراجح وقفه » .

(٤) راجع فيما تقدم الهامش (١) .

بقى حجة . على أن قوله : « من استفاد مالا » - الصحيح أنه من كلام ابن عمر ، وقول صحابى واحد لا يكون حجة .

٧ ـ **مسألة : أثمان الإبل المزكاة لا تضم إلى ما عنده من النصاب فى حكم الحول .**

والوجه فيه - أن إيجاب الزكاة فى ثمن الإبل المزكاة عند تمام الحول على الأصل ، يؤدى إلى أداء الزكاة مرتين ، فى مال واحد ، فى حول واحد ، فوجب أن لا يجب .

وإنما قلنا ذلك - لأن المال وإن اختلف صورة ، فهو متحد معنى ، لأن الثمن قائم مقام المثمن .

وإنما قلنا بأن الحول متحد - لأن الزكاة إنما تجب فى الثمن بحول على الأصل ، وقد مضى بعض حول الأصل على عين[1] الإبل ، وأداء زكاتها ، فلو وجب الزكاة فى بقية الحول فى الثمن ، كان ثِنى[2] وذلك منفى لقوله عليه السلام : « لا ثِنَى فى الصدقة » .

فإن قيل : قولكم بأن المال واحد - قلنا : لا نسلم ، بل تغايرا حقيقة وحكماً : أما / حقيقة فلأن حقيقة الدراهم غير حقيقة الإبل . وأما حكماً فلأن الزكاة تعلقت بالإبل من حيث إنها عين الإبل ، لا من حيث إنها مال ، بدليل أنه لا يعتبر قيمتها .

---

(١) فى الأصل كذا : « عين » لا « ثمن » - كما يبدو .
قال السمرقندى فى التحفة ، ١ : ٤٣٥ : « وصورة المسألة : رجل له خمس من الإبل السائمة ، ومائتا درهم ـ فتم الحول على السائمة وزكاها ثم باعها بدراهم ، ثم تم حول الدراهم ، يضم الثمن إلى الدراهم التى عنده ، ويزكى الكل عندهما ، وعند أبى حنيفة يستأنف لها حول على حدة ... » راجع : السمرقندى ، التحفة ، ١ : ٤٣٢ ـ ٤٣٦ حيث فصل الكلام فى « المستفاد » .

(٢) الثِنى مقصوراً الأمر يعاد مرتين . وفى الحديث : « لا ثنى فى الصدقة » أى لا تؤخذ فى السنة مرتين (مختار الصحاح) . وفى الأصل مكتوبة هكذا « لا ثنا » وكذا فيما بعد ، وانظر : السمرقندى ، التحفة ، ١ : ٤٣٤ ـ ٤٣٦ .

ولئن سلمنا أن المال متحد ، ولكن لم قلتم بأن الحول متحد ، أو نقول : الحول متحد حقيقة أم حكماً ؟ ع م - بيانه : وهو أنا جعلنا حول الأصل حائلاً على الثمن حكما لا حقيقة فلم يتحد الحول .

ولئن سلمنا اتحاد المال والحول - ولكن لم قلتم بأنه لا يجوز ؟ .

وأما حديث الثنى[١] - قلنا : الحديث عن الثنى مطلقاً ، فيصرف إلى الثنى من كل وجه ، وهذا ثنى من وجه دون وجه ، فلا يتناوله الحديث .

الجواب :

قوله : بأن الزكاة تعلقت بالإبل من حيث إنها عين[٢] الإبل ، لا من حيث إنها مال - قلنا : لا نسلم بل تعلقت من حيث إنها مال ، لأن الزكاة وإن تعلقت بالنصُب من حيث أعيانها ، ولكن تعلقت أيضاً بوصف المالية فى كل المواضع ، لاقتضاء النصوص نحو قوله تعالى : ﴿ خذْ من أموالِهم ﴾[٣] و ﴿ وفى أموالِهم ﴾[٤] و « هاتوا ربع عشور أموالكم »[٥] . ولأن الزكاة وجبت شكراً لنعمة هذه الأعيان من حيث إنها مال ، والثمن أقيم مقام الإبل بوصف المالية فاتحد المال معنى ، إلا أن الشرع قدر مالية الإبل بخمسة أعداد كما قدر مالية الدراهم بالمائتين .

قوله : الحول متحد حقيقة أم حكما ؟ قلنا : لما ثبت أن الثمن بدل الإبل ، وقيام البدل كقيام المبدل ، فصار كأن الإبل قائمة معنى ، ولو كان هكذا كان إيجابُ الزكاة

---

(١) فى الأصل كذا : « الثناء » وفى المعجم الوسيط . الثِناء قيد للدابة ذو شقين تربط بكل شق رجل ويسمى كل شق ثِناء . وثُناء يقال جاءوا ثُناء : اثنين اثنين .

(٢) كذا فى الأصل : « عين » - راجع ما تقدم فى المسألة .

(٣) التوبة : ١٠٣ ﴿ خذْ من أموالِهم صَدَقةً تُطهِّرهم وتُزكّيهم بها .. ﴾ .

(٤) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ١٦ .

(٥) فى ابن قدامة ، المغنى ، ٣ : ٧ - « وقال النبى ﷺ : هاتوا ربع العشر : من كل أربعين درهما درهما ... » .

فى مال واحد فى أقل من سنتين مرتين ، وإنه يؤدى إلى الثِنى .

قوله – بأن الحديث ينفى الثنى من كل وجه ، وهذا ثِنى من وجه دون وجه – قلنا : الحديث ينفى الثنى مطلقاً ، وهو تثنية الزكاة ، إلا أنا توافقنا على أن الثنى عند تعدد الحول وتعدد المال صورة ومعنى غير مراد – فبقى الثنى ، عند اتحاد الحول والمال ، معنى مراداً[1] بالنص ، عملاً بالنص بقدر الإمكان .

والله أعلم .

٨ ـــ **مسألة** : مال المديون بقدر الدين لا ينعقد سببا لوجوب الزكاة .

والوجه فيه – أن الزكاة لو وجبت عليه لا يخلو : إما أن تجب على وجه يؤدى من هذا المال أو يؤدى من مال آخر – لا وجه / للأول ، لأن هذا المال واجب الصرف إلى الدين ، لأن الكلام فيما إذا لم يكن له مال آخر سواه ، والدائن يضيق عليه بالمطالبة ، ومطل الغنى ظلم ، فلو صرف إلى الفقير يكون إخلالاً بالواجب وظلماً وإنه حرام . ولا وجه للثانى لأن الكلام فيما إذا لم يقدر على مال آخر أصلاً ، فانتفى الوجوب ، قياساً على ثياب البذلة .

١/٧

فإن قيل – قولكم بأن هذا المال واجب الصرف إلى الدين – قلنا : لا نسلم .

قوله – الكلام فيما إذا لم يكن له مال آخر – قلنا : نعم ، ولكن يمكن قضاء الدين بواسطة الاكتساب والاستقراض ، فلا يتعين هذا المال بدليل أنه لا يتعلق الدين بعينه ، حتى لا يسقط الدين بهلاك هذا المال ، ولا يكون للدائن منع التصرف فيه .

ولئن سلمنا أنه متعين لقضاء الدين ، لكن كله أم ما وراء قدر الزكاة منه ؟ ع م .

بيانه – أنه إذا حال الحول صار قدر الزكاة مستحقاً للفقير ، فلا يبقى ملكاً له ، فلا يجب عليه قضاء الدين من هذا القدر ، لعدم ملكه .

---

(١) فى الأصل كذا : « مراد » .

ولئن سلمنا أن كله واجب الصرف إلى الدين – ولكن لم قلتم بأنه لا يجوز أن يكون أيضاً واجب الصرف إلى الفقراء ، فيجتمع الواجبان ، كالصلاة مع إنجاء[١] الغريق وغيرها ؟ .

ولئن سلمنا أنه لا تجب الزكاة لتؤدى من هذا المال ولا من مال آخر – ولكن لم قلتم بأنه لا تجب الزكاة ديناً فى ذمته ليؤدى عند القدرة ، كما قلنا فى الحائض إذا طهرت فى آخر جزء من الوقت والكافر إذا أسلم والصبى إذا بلغ ؟ .

الجواب :

قوله – يمكن قضاء الدين بواسطة الاكتساب والاستقراض – قلنا : قضاء الدين واجب فى الحال وإنه قادر على هذا المال ، والاستقراض يحتمل الحصول ، والمحتمل لا يعارض القطعى ، والكلام فيما إذا تعين هذا المال لدفع ضرر الحبس المعجل .

قوله – لا يتعلق الدين بعينه – قلنا : تعلق الإنسان[٢] بمال الغير خلاف الدليل إلا للضرورة ، والضرورة فى المرض ، أما لا ضرورة فى الصحة . وإنما لا يسقط الدين بهلاك هذا المال ، لأنه ثابت فى الذمة / والذمة باقية ، وأما الأداء فمتعين منه ههنا ، بخلاف هلاك النصاب[٣] لأنه فى المال .

٢/٧

قوله : تعين لقضاء الدين كله أم ما وراء قدر الزكاة ؟ – قلنا : كله .

قوله : صار قدر الزكاة ملكاً للفقير وحقاً له – قلنا : لا نسلم ، وإنما يكون كذلك أن لو وجب (ـت) الزكاة ، وقد بينا أنه لا تجب الزكاة حقاً للدائن ودفعاً لضرر الحبس عن المديون .

قوله : لم لا يجوز أن يجتمع الواجبان ؟ – قلنا : لتعذر الجمع . ولئن ثبتا يكون

---

(١) أنجى فلاناً مما نزل به : خلّصه – المعجم الوسيط .

(٢) كذا فى الأصل : « الإنسان » . ولعله يقصد هنا « الدائن » .

(٣) فى الأصل : « لأنها » – انظر المسألة التالية رقم ٩ .

أحدهما ممنوعاً ، والآخر مأموراً . كما قلنا فى الصلاة مع إنجاء الغريق : فالمأمور هو الإنجاء لا غير ، وههنا المأمور هو القضاء لا غير ، لما بينا .

وأما قوله : لم قلتم بأنه لا تجب الزكاة ديناً فى ذمته ؟ – قلنا : لأن الشيء إنما بقى فى الذمة إذا وجد السبب المقتضى للوجوب ، ولم يوجد ، لما ذكرنا – بخلاف ما ذكر من الأحكام ، لأنه وجدت أسبابها .

٩ ـــ **مسألة** : من عليه الزكاة إذا فرط فى أداء الزكاة حتى هلك النصاب سقطت عنه الزكاة(١) .

والوجه فيه – أن واجب الزكاة جزء من النصاب ، فيسقط بهلاكه .

وإنما قلنا ذلك – لقوله عليه السلام : « هاتوا ربع عشور أموالكم : من كل أربعين درهماً درهماً »(٢) . وقوله « فى الرقة ربع العشر »(٣) – فبعض هذه النصوص وردت بكلمة « من » وإنها للتبعيض(٤) ، وبعضها بكلمة « فى » وإنها للظرفية(٥) ، وذلك يقتضى الجزئية(٦) ، فيسقط بهلاكه ، كالعبد الجانى .

فإن قيل : [قلنا] : يشكل هذا بالاستهلاك .

وأما قولكم : الواجب جزء من النصاب – قلنا : هذا يناقض مذهبكم ، لأن عندكم

---

(١) وكذا فى التحفة ، ١ : ٤٧٤ قال : « ولو هلك النصاب بعد الحول أو بعضه ... فأما إذا تمكن من الأداء وفرط حتى هلك ، فكذلك الجواب عندنا (أى لا شيء عليه) – وقال الشافعى : لا يسقط » .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ٥ ص ٢٠ .

(٣) راجع فيما تقدم ص ١٦ والهامش ٢ منها .

(٤) انظر الهامش الآتى قريباً : ٣ ص ٢٤ .

(٥) انظر الهامش الآتى قريباً : ٤ ص ٢٤ .

(٦) فى الأصل كذا : « الجزان » .

المعتبر قيمة الواجب يوم الوجوب لا عينه ، ولأن الواجب لو كان جزء(١) النصاب لتعلق حق الفقير به ، ولمنع من التصرف فيه ، كما فى المريض مرض الموت ، ولأنه لو أدى من مال آخر جاز .

فهذا كله ينفى كون الواجب جزءا(٢) من النصاب .

وأما الأحاديث :

قولكم : بأن كلمة « من » للتبعيض – قلنا : كما هى للتبعيض تكون للجنس والتمييز أيضاً(٣) .

١/٨ وقوله : كلمة « فى » للظرفية(٤) – قلنا : كما / تستعمل للظرفية تستعمل فى السببية ، كقوله « فى العينين الدية » . ولئن سلمنا بأنها للظرفية ، ولكن الظرف غير المظروف ، فيكون الواجب غير النصاب ، لا جزءه(٥) ، لأن جزء الشيء ليس بغيره .

ولئن سلمنا أن الواجب جزء النصاب – ولكن لم قلتم بأنه يسقط بهلاكه ؟ وهذا لأن الواجب دخل فى ضمانه بالتفريط ، لأن الزكاة واجبة على الفور ، لإطلاق الأمر ، فإذا منع الحق بعد طلب المستحق يضمن ، كالوديعة وصدقة الفطر .

الجواب :

أما الاستهلاك – قلنا : ثم إن هلك المال حقيقة ، ولكن بقى معنى ، لأن الظاهر

(١ – ٢) فى الأصل كذا : « حر » – « حزا » .

(٣) فى المعجم الوسيط ملخصاً : « من » « حرف جر يأتى على وجوه منها : ١ ـــ الابتداء وهو الغالب ٢ ـــ التبعيض ٣ ـــ البيان ٤ ـــ التعليل ٥ ـــ البدل ٦ ـــ الفصل والتمييز وهى الداخلة على ثانى المتضادين نحو : « والله يعلم المفسد من المصلح » ٧ ـــ توكيد العموم وهى الزائدة فى نحو : ما جاءنا من أحد . وانظر أيضاً : الرمانى ، معانى الحروف ، تحقيق الدكتور عبد الفتاح شلبى ، ص ٩٧ .

(٤) « فى » – معناها الوعاء . وبمعنى « على » عند الكوفيين . وقالوا : وتكون بمعنى « مع » – الرمانى ، معانى الحروف ، ص ٩٦ .

هو الاستهلاك فى وجه الانتفاع ، أو لأنه بالاستهلاك صار جانيا على الشرع ، فيجب عليه الضمان .

قوله : المعتبر عندكم قيمة الواجب – قلنا : المعتبر عندنا عين الشاة ، والواجب أداؤها عينا ، إلا أن للمالك ولاية النقل إلى مطلق المال بشرط بقاء النصاب ، فإذا هلك يسقط .

قوله : لو كان الواجب جزء النصاب لتعلق به حق الفقير – قلنا : وقد تعلق به ، إلا أنه لم يمنع من التصرف ليتمكن المالك من تثميره نظراً له وللفقير ، بخلاف المريض فإنه عاجز عن التثمير .

قوله : لو أدى من مال آخر ، جاز – فالجواب عنه ما مر .

قوله : كلمة « من » للتمييز[١] – قلنا : نعم إذا أضيف إلى غير جنسه ، كقولكم : باب من حديد . وإن أضيف إلى الجنس فهو للتبعيض ، كقولهم : رجل من الرجال .

قوله : بأن كلمة « فى » للسببية أيضاً – قلنا : هى للسببية والظرفية جميعاً ، ولا تنافى بينهما ، فإن المعنى يجمعهما وهو الاتصال .

قوله : بأن الظرف غير المظروف – قلنا : بلى ، وجزء النصاب غير النصاب من حيث إنه واجب ، والنصاب سبب للوجوب ، وهذا القدر من المغايرة يكفى للظرفية .

قوله : الواجب دخل فى ضمانه بالتفريط – قلنا : وجوب الضمان يستدعى سابقة الجناية ولم توجد ، لأن التأخير[٢] عن أول أوقات الإمكان لم يكن جناية ولا / منعا بعد الطلب . ٢/٨

---

(١) فى الأصل كذا : « للتميز » راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٢٤ .

(٢) « التأخير » غير واضحة فى الأصل .

١٠ ــ **مسألة** : دفع القِيَم فى باب الزكاة جائز .

والوجه فيه – أن أداء قيمة الشاة يسد مسد أداء عين الشاة فى استيفاء المصلحة المطلوبة من الأداء إلى الفقير ، فيجوز قياساً على ما إذا أدى واحدة من خمس إبل ، لأن الكفاية كما تحصل بملك عين الشاة تحصل بملك القيمة بل أولى ، لأن تملك عين الشاة لا يتوسل[١] فى الحال إلا إلى نوع كفاية وهو الأكل ، وتملك الدراهم يتوسل إلى أنواع من الكفاية .

فإن قيل : التعليل يشكل بما إذا أعار داره أو أجرها بنية الزكاة ، فإنه لا يجوز . وكذا لو أدى ربع صاع من حنطة تعادل قيمته قيمة نصف صاع من حنطة وسط أو قيمة صاع من شعير – لا يجوز مع ما ذكرتم . وكذلك إذا أضاف[٢] الفقير فإنه لا يجوز .

ثم نقول : لا نسلم بأن أداء القيمة يسد مسد أداء العين . وهذا لأن المطلوب من أداء الشاة أداء عينها . وهذا لا يحصل من القيمة .

ثم هذا القول معارض بما روى أبو داود فى صحيحه أن رسول الله ﷺ بعث معاذ ابن جبل إلى اليمن فقال : « خذ الحب من الحب والشاة من الغنم والبعير من الإبل والبقرة من البقر » . ولأن الزكاة من باب العبادات ، والحكم فيها ثبت تعبداً غير معقول المعنى ولا معلل ، فلا يجوز ترك المنصوص والأخذ بالرأى والقياس هـ .

الجواب :

أما إذا أعار داره بجهة الزكاة – إنما لا يجوز ، لأن الواجب أداء المال إلى الفقير وتمليكه منه ، ولم يوجد ، لأن الإعارة تمليك المنافع لا تمليك الأعيان – وهو الجواب عن إجارة الدار بنية الزكاة .

---

(١) وَسَلَ فلان إلى الله بالعمل يَسِل وَسْلاً : رغب وتقرب ، ووسَّل فلان إلى الله تعالى عمل عملاً تقرب به إليه ، وتوسل فلان إلى الله تعالى وسَّل – المعجم الوسيط .

(٢) أضاف إليه أنزله ضيفا عنده – المعجم الوسيط .

وأما إذا أدى ربع صاع من حنطة عن صاع إنما لا يجوز ، لأن الحنطة منصوص عليها ، والمؤدى وهو الربع وقع عن الربع ، فلو وقع / عن الباقى يقع باعتبار الجودة ، والجودة ساقطة الاعتبار فى الأموال الربوية ، بخلاف الشاة ههنا ، لأنها ليست من الأموال الربوية . ولهذا لو باع شاة بشاتين يجوز ، فيجوز أداء القيمة .

١/٩

وأما الضيافة – فلأنها إباحة ، وليست بتمليك ، فلا يجوز .

قوله : المقصود من أداء الشاة أداء عينها – قلنا : ليس كذلك ، بل مقصود الشارع إغناء الفقير ، لمكان المناسبة ، وإنه يحصل بالقيمة .

وأما النص – قلنا : النص يقتضى أن أداء الزكاة إلى الفقير واجب حقا لله ، وقضاء لحق الفقير الذى له عند الله بحكم وعد الرزق ، وإنه يحصل بأداء القيمة ولا يمنع الخروج عن العهدة بطريق من الطرق .

والله أعلم .

١١ ـــ **مسألة** : الزكاة لا تجب على الصبى والمجنون .

والوجه فيه – أن الزكاة عبادة ، فلا تجب على الصبى ، قياساً على الصلاة .

وإنما قلنا ذلك – وذلك لأن العبادة فى اللغة عبارة عن التعبد[١] والتذلل – من قولهم : طريق معبد أى مذلل . سميت العبادة عبادة لأنه فعل يقع به التذلل والتعبد والانقياد لله ، والعبادة على هذا التفسير لا تتأتى إلا باختيار صحيح ، فلا تتأتى من الصبى والمجنون ، كما لو أدى بنفسه .

فإن قيل : قولكم بأن الزكاة عبادة – قلنا : لا نسلم . وبيان أنها ليست بعبادة أنه يجرى فيها الجبر والاستخلاف والنيابة ، وهى لا تجرى فى العبادات .

---

(١) فى الأصل كذا : « التعبدى » . فى المعجم الوسيط : عَبَّده ذلَّله . يقال عَبّد الطريق .

ولئن سلمنا أنها عبادة ، ولكن عبادة تجرى فيها النيابة أم لا تجرى ؟ م ع . الأول[١] - فلم قلتم بأنه إذا جرت فيها النيابة لا يتأتى من الصبى إما بنفسه وإما بنائبه . وهذا لأن الولى أو القاضى نائب الصبى واختيار النائب اختيار المنوب - دل عليه العشر وصدقه الفطر : فإن فيهما معنى العبادة ، ومع هذا تجب على الصبى .

٢/٩ ولئن سلمنا أن الشرط هو الاختيار الحقيقى بنفسه / ولكن يتحقق بعد البلوغ - فلم قلتم بأنه لا يجب فى الحال ليؤدى بعد البلوغ ، كما فى وجوب الصوم على المجنون .

ثم هذا القول معارض بالعمومات ، وبقوله عليه السلام : « ابتغوا فى أموال اليتامى خيراً كى لا تأكلها الزكاة » وفى رواية « كى لا تأكلها الصدقة »[٢] وإنما تأكل إذا كان واجباً .

وقوله عليه السلام : « من ولى يتيما فليزك ماله » وفى رواية « فليؤدّ زكاة ماله » هـ .

الجواب :

أما الجبر والاستخلاف والنيابة - قلنا : إنما تجرى هذه الأحكام فيها ، لأنها وإن كانت عبادة ، ولكن عبادة فيها حق العباد ، فشرع فيها هذه الأحكام ، إيصالاً للحق إلى الفقراء بأبلغ[٣] الوجوه ، وإن كانت عبادة ، إذ لا تنافى بينهما .

---

(١) فى الأصل : « الأول م ع » . ولكن جرى فى الكتاب على أن « علامة العين معناه : الأول ممنوع وعلامة الميم معناه : ولئن سلمنا » وعلى ما جرى عليه فى غير هذا المكان ترد « الأول » بعد « م ع » .

(٢) « وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « من ولى يتيماً له مال فليتجرْ له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » رواه الترمذى والدارقطنى ، وإسناده ضعيف وله شاهد مرسل عند الشافعى - ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٤٨٩ ، ص ٨٤ - ٨٥ . وسبل السلام رقم ٥٦٩ ص ٦٠٥ .

(٣) فى الأصل كذا : « إلى الفقيرا بأبلغ ... » .

وأما النيابة – قلنا : إنما تثبت بطريق التيابة ، بأن يجعل فعله فعل المنوب واختياره اختياره ، ولم يوجد ههنا ، لأن الولى قائم مقام الصبى فى بعض الأحكام ، فأقامه الشرع جبراً من غير اختيار الصبى .

وأما العشر وصدقة الفطر – فلأنها مؤنة ، ومعنى العبادة فيها تبع ، والصبى من أهل وجوب المؤنات ، كالنفقات والضمانات .

قوله : لم لا تجب ليؤدى بعد البلوغ ؟ قلنا : إنما تجب فى الحال ليؤدى بعد البلوغ إن لو تصور أداؤه فى الحال ، لأن إيجاب ما لا يتصور لا يعقل ، وهذا الفعل لا يتصور من الصبى كما ذكرنا ، فلا يجب فى الحال ، فلا يجب بعد البلوغ .

وأما الحديث – قلنا : غير صحيح . ولئن صح فالمراد منها النفقة وصدقة الفطر .

والحديث الثانى غير صحيح . ولئن صح فالمراد منه – والله أعلم – التنمية لأن التزكية عبارة عن التنمية لغة ، وذلك بالتجارة وهى استرباح .(١) .

(١) المعنى بذلك كامل . ولكن أضيفت عبارة غير مقروءة وأكثر موضعها بياض .

[٣]

كتاب الصــوم

١٢ ـــ **مسألة** : إذا صام رمضان بمطلق النية أو بنية النفل أجزأه – خلافاً له[١] .

١/١٠ والوجه – أنه أتى بما أمر به / ، فوجب أن يخرج عن العهدة ، قياساً على ما إذا نوى الفرض .

وإنما قلنا ذلك – وذلك لأن المأمور به هو الصوم ، وقد أتى به ، لأن الصوم هو الإمساك فى اللغة ، لقولهم « خيل صيام وخيل غير صائمة » ، وقد أتى بالإمساك ، فهذا يقتضى أن يخرج عن العهدة بمجرد الإمساك ، إلا أنا توافقنا على اشتراط شرط زائد ، وهو أصل النية : فإذا وجد الإمساك مع أصل النية يخرج عن العهدة[٢] .

فإن قيل : قولكم إن المأمور به هو الصوم وقد أتى به – قلنا : لا نسلم بأنه أتى بالصوم .

قوله : الصوم هو الإمساك – قلنا : لغة أو شرعاً ؟ م ع . وهذا لأن اسم الصوم انتقل عن موضوعه ، لأنا أجمعنا على أنه لو حلف أن لا يصوم فأمسك بدون النية لا يحنث . وكذا فى صورة النزاع : إذا أمسك بدون النية لا يخرج عن العهدة ، فعلم أنه انتقل إلى الإمساك مع النية . فعندكم إلى الإمساك مع أصل النية . وعندنا إلى الإمساك مع النية المطلقة .

والدليل على أنه انتقل إلى ما ذكرنا أنا أجمعنا على أنه لو أمسك فى باب القضاء والنذور والكفارات بمطلق النية لا يخرج عن العهدة مع أن المأمور به هو الصوم .

---

(١) قال السمرقندى فى التحفة ، ١ : ٥٣٢ : « وعند الشافعى : صوم الفرض والواجب لا يصح بدون نية الفرض والواجب . وأما التطوع فيصح بمطلق النية » .

(٢) فى مختار الصحاح : والصوم أيضا الإمساك عن الطُّعم . وفى المعجم الوسيط : صام صوماً وصياماً أمسك وفى الشرع : أمسك عن الطعام والشراب من طلوع الفجر إلى غروب الشمس مع النية .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام : « الأعمال بالنيات ولكل امرىء ما نوى » وإن[١] نوى النفل فيكون له النفل لا الفرض .

الجواب :

قوله : الصوم هو الإمساك لغة أو شرعاً ؟ قلنا : هو الإمساك لغة ، والإمساك أصل النية شرعا وقد وجد[٢] .

وأما مسألة الحلف - فإنما لا يحنث لأن غرض الحلف هو الصوم الذى هو عبادة لا مجرد الإمساك ، وذلك لا يحصل إلا مع النية .

وأما القضاء والكفارات والنذر المعين ، فإنما / لا يخرج عن العهدة ، لأنه غير مأم به فى هذا الزمان على التعيين ، بل فى زمان بعينه ، وذلك بتعيين النذر .

وأما الحديث - قلنا : عام خص منه البعض ، فيختص المتنازع فيه .

والله أعلم .

١٣ ــ **مسألة** : صوم رمضان يتأدى[٣] بنية من النهار قبل الزوال ، خلا له[٤] .

والوجه فيه - أنه أتى بما أمر به ، فيخرج عن العهدة ، كما إذا نوى من الليل

---

(١) فى الأصل : « وإنه » .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ٣٠ .

(٣) تَأَدَّى الأَمر قُضى - تأدى الدينُ قُضى - تأدى الرجلُ قضى دينُه - المعجم الوسيط

(٤) إذا نوى بعد طلوع الفجر فقال الشافعى لا يجوز إلا فى التطوع . وقال مالك : لا يج فى التطوع أيضاً . ولو صام بنيته بعد الزوال فى التطوع : لا يجوز عند الحنفية ، خلافاً للشافع وبعض أصحابه قالوا : لا يجوز - راجع : السمرقندى ، التحفة ، ١ : ٥٣٤ والمراجع المشار إل بهامش ٥ منه .

وبيان الوصف والتأثير ما مر فى المسألة المتقدمة . فهذى[١] تقتضى أن يخرج عن عهدة الأمر بالإمساك العارى عن النية والإمساك المنوى قبل الزوال وبعده كما قال زفر ، إلا أن ذلك خرج عن قضية النص بالدليل ، فبقى المتنازع فيه داخلاً .

فإن قيل : قولكم بأنه أتى بما أمر به ، وهو الإمساك - قلنا : أتى بالإمساك المطلق أم بالإمساك الذى هو عبادة ؟ م ع . وهذا لأن بعض الإمساك وهو الإمساك فى[٢] أول اليوم خلا عن النية . فلا يقع عبادة فى أول اليوم ، فلا يقع عبادة فى باقى اليوم ، لأن الصوم لا يتجزأ[٣] .

ثم نقول : الواجب عليه إمساك هو عبادة لأنه مأمور به ، والإمساك يتردد بين الحمية[٤] والعادة والعبادة ، فلا تتعين العبادة إلا بالنية ، وقد انعدمت النية فى أول النهار حقيقة وتقديرا ، لأن إرادة الفعل فى الزمان الماضى محال والنية ليست إلا الإرادة ، وصار هذا كالنية بعد الزوال .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام وهو ما روى ابن عمر عن حفصة زوجة النبى ﷺ قال : « من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له » رواه الترمذى[٥] والسجستانى[٦] والنسائى فى كتبهم[٧] .

---

(١) ذا اسم يشار به إلى المذكر وذى بكسر الذال للمؤنث فإن أدخلت عليها ها التنبيه قلت هذا زيد وهذه أمة الله (مختار الصحاح) . فهنا : « فهذى » تعنى هذه أى هذه المسألة هنا .

(٢) فى الأصل : « عن » - وانظر ما يلى .

(٣) جَزَّأه قسَّمه أجزاء وتجزأ - المعجم الوسيط . وفى الأصل كذا : « لا يتجزى » .

(٤) الحمية الإقلال من الطعام ونحوه مما يضر - المعجم الوسيط .

(٥) هو أبو عيسى بن السلمى الترمذى ولد بترمذ سنة ٢٠٩ هـ وتوفى بها سنة ٢٧٩ هـ .

(٦) الظاهر أن المقصود أبو داود وهو سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأسدى السجستانى ولد سنة ٢٠١ هـ وتوفى سنة ٢٧٥ هـ .

(٧) « وعن حفصة أم المؤمنين رضى الله عنها عن النبى ﷺ قال : « من لم يبيت الصيام قبل =

الجواب :

أما قوله : الإمساك فى أول النهار خلا عن النية ، فلا يكون عبادة - قلنا : هذا باطل بصوم النفل ، فإنه قد يخلو الإمساك عن النية فى أول / النهار ، ومع هذا يكون عبادة ، فإنه روت عائشة قالت : « دخل على النبى ﷺ ذات يوم فقال : هل عندكم شيء ؟ قلنا : لا - قال : فإنى إذن أنا صائم »[١] .

١/١١

ونفس العبادة لا تتفاوت بين الفرض والنفل ، وإذا صح فى تلك الصورة وجب أن يصح ههنا صيانة لصوم رمضان عن التفويت[٢] بخلاف ما إذا نوى بعد الزوال ، لأن ذلك مما لم يوجد له نظير فى الشرع .

وأما الحديث - قلنا : ذكر الترمذى أن هذا من قول ابن عمر . ولئن سلمنا أنه من قول النبى ﷺ ولكنه محمول على نفى الفضيلة ، كى لا يلزم ترك العمل بالعموم فى حق النفل .

والله أعلم .

١٤ ــ **مسألة** : المجنون إذا أفاق[٣] فى بعض الشهر يلزمه قضاء ما مضى - خلافاً له[٤] . وإذا استوعب كل الشهر لا يلزم القضاء بالإجماع .

= الفجر فلا صيام له » رواه الخمسة ، ومال الترمذى والنسائى إلى ترجيح وقفه ، وصححه مرفوعاً ابن خزيمة وابن حبان . وللدارقطنى : « لا صيام لمن لم يفرضه من الليل » ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٥٣٠ ، ص ٩٢ ــ ٩٣ وانظر الهامش التالى .

(١) فى بلوغ المرام (رقم ٥٣١ ص ٩٣) : « وعن عائشة رضى الله عنها قالت : دخل علىَّ النبى ﷺ ذات يوم فقال : « هل عندكم شيء » قلنا : لا . قال : « فإنى إذن صائم » ثم أتانا يوما آخر فقلنا : « أهدى لنا حيْس » فقال : « أرينيه فلقد أصبحت صائما » فأكل - رواه مسلم - والحَيْس هو التمر مع السمن والأقِط تخلط وتعجن وتسوى كالثريد -المعجم الوسيط .

(٢) فات الأمر مضى وقته ولم يفعل وفوّته أفاته جعله يفوتُه - المعجم الوسيط .

(٣) يقال : أفاق فلانٌ عاد إلى طبيعته من غشية لحقته - ويقال أفاق السكران من سُكره والمجنون من جنونه - المعجم الوسيط . وفى الأصل : « فاق » .

(٤) خلافاً للشافعى - السمرقندى ، التحفة ، ١ : ٥٣٦ .

والوجه فيه – أن المجنون لم يأتِ بالواجب عليه فيما مضى من الشهر ، فوجب عليه القضاء قياساً على المغمى عليه .

وإنما قلنا ذلك – لأنه لم يأت بالصوم ، وقد وجب عليه فيما مضى .

وإنما قلنا إنه وجب عليه فيما مضى – لأن عموم النص يتناوله ، وهو قوله تعالى : ﴿ ياأيُّها الذين آمنُوا كُتِبَ عليكم الصِّيَامُ ﴾(١) أى فرض . والمجنون موصوف بصفة الإيمان . وإذا ثبت أنه وجب عليه ، وقد فاته لعدم الأهلية ، يجب عليه القضاء إخراجا له عن عهدة الواجب .

فإن قيل : قولكم بأن الصوم وجب عليه – قلنا : لا نسلم .

والدليل على عدم الوجوب أن تفسير الواجب أنه لو أتى به يثاب عليه ولو ترك يعاقب ، وهذا منتفٍ فى حق المجنون .

وأما الآية – قلنا : لا تتناول المجنون لأن شرط تناول الخطاب فهم الخطاب والقدرة على الفعل ، ولم يوجد ذلك فى حقه ، بخلاف النائم والمغمى عليه / لأنه وجد فى حقهما دليل الفهم والقدرة وهو العقل ، والحكم يدار على دليل الشرط لا على حقيقته ، أما ههنا بخلافه ، وصار كالمجنون المستوعب كل الشهر ، فإنه لا يلزم القضاء مع وجود ما ذكرتم .

٢/١١

الجواب :

قوله : الواجب ما لو أتى به يثاب عليه ولو ترك يعاقب – قلنا : لا نسلم ، بل الثواب بالفعل والعقاب بالترك حكم الوجوب ، وحكم الشيء قد يتراخى عنه لمانع .

ثم نقول : الواجب عبارة عن فعل يقتضى استحقاق الثواب بالإتيان به ، واستحقاق العقاب بتركه . وهذا إشارة إلى أن الوجوب وجوبان : أصل الوجوب وهو ما ذكرنا ، ووجوب الأداء وهو ما ذكرتم . ومثاله . الواجبات الموسعة : فإنه لا يعاقب بتركها – كذا هذا .

---

(١) البقرة : ١٨٣ وراجع فيها أيضاً : ١٨٤ ، ١٨٥ .

وأما قوله : شرط تناول الخطاب الفهم والقدرة – قلنا : فى الحال أم فى الجملة ؟ ع م ، والفهم والقدرة موجودان فى حق المجنون فى الجملة ، على تقدير الإفاقة ، وذلك يكفى لتناول الخطاب ، كما قلنا فى النائم والمغمى عليه .

قوله : وجد فى حقهما دليل الفهم والقدرة ، وهو العقل – قلنا : عنه جوابان : أحدهما – أن الجنون عبارة عن استتار العقل لا عن عدم العقل ، فإن اللفظ ينبىء عنه لغة(١) . والثانى – أن النائم والمغمى عليه عاجزان عن استعمال العقل ، ولا فرق بين العديم والعاجز فى حق الاستعمال . وأما الجنون المستوعب – قلنا : وجوب القضاء امتنع لمانع وهو الحرج ، وإن كان ما ذكرنا من المقتضى موجوداً . أما ههنا بخلافه .

١٥ ــ **مسألة** : النذر بصوم يوم النحر وأيام التشريق يصح(٢) .

والوجه فيه أنه نذر بصوم مشروع ، فينبغى أن يصح ، كما إذا نذر بصوم رجب .

وإنما قلنا إنه مشروع – لأن صوم سائر الأيام إنما كان مشروعاً لكونه شاقاً على البدن مخالفا لهوى النفس ، والصوم فى هذه الأيام بهذه المثابة فيكون مشروعاً . / وإذا كان مشروعاً وجب أن يتمكن من تحصيله بواسطة النذر إما(٣) قضاء أو أداء ، تحصيلاً لمصلحة الثواب .   ١/١٢

فإن قيل : لا نسلم بأنه نذر أولاً ، وهذا لأن النذر حكمه الوجوب ، وبالإجماع لا يجب صوم هذه الأيام . وإن ادعيتم صوم أيام أخر ، فالتعليل وقع ضائعاً ، لأنكم عللتم

---

(١) فى المعجم الوسيط : جَنّ جَنًّا استتر . وجَنَّ الشىءَ وعليه ستره .وجُنَّ جَنًّا وجنونا زال عقله . والجنون زوال العقل أو فساد فيه والمجنون الذاهب العقل أو فاسده .

(٢) قال فى التحفة ، ١ : ٥٢٣ – ٥٢٤ فى صوم التطوع : « أما الصوم المكروه فأنواع : منها .. صوم يوم النحر وصوم أيام التشريق » ... حتى لو صام فى الأيام المنهى عنها فإنه يقع جائزاً حتى لا يجب عليه القضاء – والكلام كما تقدم فى صوم التطوع .

(٣) تشبه : « لما » .

لكون [صوم][1] هذه الأيام مشروعاً .

ولئن سلمنا أنه نذر ، ولكن لم قلتم بأن صوم هذه الأيام مشروع ؟ - وهذا لأن المشروع ما يكون مأذوناً فيه ، وإنه ممنوع بالنص والإجماع : أما النص [فـ] قوله عليه السلام : « ألا لا تصوموا فى هذه الأيام »[2] . والإجماع منعقد على أنه يمنع عن صوم هذه الأيام . ولأنا أجمعنا على أنه لو صهام هذه الأيام عن واجب آخر قضاء ، لا يجوز ، ولو كان مشروعاً لجاز .

ولئن سلمنا أنه مشروع ، ولكنه معصية ، لأنه منهى عنه والنذر بالمعصية لا يصح ، لقوله عليه السلام : « **من نذر أن يعصى الله فلا يعصه** »[3] .

ولئن سلمنا أنه ليس بمعصية ، ولكن لم قلتم بأنه وجب أن يتمكن من تحصيله إحرازاً للثواب ؟ وظاهر أنه لا يتمكن ، لأن تمكنه منه مع منع الشرع عنه محال .

ثم نقول : إنكم قلتم بوجوب الصوم فى هذه الأيام واستيفاء المصحلة المعلقة به ، ثم قلتم : الأوْلى أن يفطر ولا يستوفى المصلحة ، وهذا تناقض بيِّن .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأنه نذر ؟ - قلنا : لأنه أتى بصيغة النذر .

---

(١) انظر العبارة التالية .

(٢) « وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه « أن رسول الله ﷺ نهى عن صيام يومين : يوم الفطر ويوم النحر » متفق عليه .

ـــ « وعن نُبَيْشة الهُذَلى رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « أيام التشريق أيام أكل وشرب وذكر لله عز وجل » رواه مسلم .

ـــ « وعن عائشة وابن عمر رضى الله عنهم قالا : لم يُرَخَّصْ فى أيام التشريق أن يُصَمْن إلا لمن لم يجد الهدى » رواه البخارى .

ـــ ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٥٥٦ و ٥٥٧ و ٥٥٨ . والصنعانى ، سبل السلام ، جـ ٢ ، رقم ٦٤١ ـــ ٦٤٣ ص ٦٧٥ - ٦٧٧ .

(٣) للبخارى من حديث عائشة - راجع بلوغ المرام رقم ١١٨٠ ، ص ٢١٤ ـــ ٢١٥ . وكذا رقم ١١٨٣ ص ٢١٥ .

قوله : لا يجب صوم هذه الأيام – قلنا : لا نسلم ، بل يجب وفاء بالنذر وإن كان ممنوعاً . ويجوز أن يكون الفعل واجباً بمعنى استحقاق العقاب بتركه والشرع يمنع عنه لمانع ، كالصلاة مع إنجاء الغريق وإنقاذ الحريق .

وبه خرج الجواب عن السؤال الذى يليه .

وأما قضاء صوم آخر ، فلأنه وجب كاملاً فلا يجوز أداره ناقصاً ، / فإن صوم هذه الأيام وإن كان مشروعاً ولكنه ناقص لمكان النهى . ٢/١٢

قوله : الصوم فى هذه الأيام معصية – قلنا : نفس الصوم من حيث إنه صوم لا يكون معصية . وإنما العصيان غيره وهو ترك الإجابة ، فصار كالصلاة فى الأرض المغصوبة ، فإنه يصح ، وإن كان سبباً لمعصية[١] .

وأما قوله : تمكنه من استيفاء المصلحة مع منع الشرع محال – قلنا : الشرع أطلق استيفاء المصلحة فى الجملة ، إلا أن المنع ههنا ثبت بحكم العارض .

وبه خرج الجواب عما ذكر من التناقض .

١٦ ــ **مسألة** : إذا أكل أو شرب فى نهار رمضان عامداً ، تلزمه الكفارة .

والوجه فيه – أن الكفارة فى باب الوقاع[٢] تعلق وجوبها بجناية إفساد الصوم ، وقد حصل إفساد الصوم بالأكل والشرب ، فوجب القول بوجوب الكفارة .

وإنما قلنا ذلك – لأن المواقعة فى نهار رمضان إنما كانت جناية من حيث إنها إفساد الصوم ، لا من حيث إنها مواقعة الأهل ، لأنه حلال ، وإفساد الصوم ذنب ، والحاجة مست إلى رفع الذنب ، والشرع أوجب الكفارة فى الوقاع ، وإنها صالحة لرفع الذنب ، لقوله تعالى : ﴿ إنَّ الحسناتِ يُذهِبْنَ السيئاتِ ﴾[٣] ، فغلب الظن أن الوجوب إنما كان لهذا .

---

(١) وقد تقرأ : سبب المعصية » .
(٢) وَاقَع المرأة جامعها – المعجم الوسيط .
(٣) هود : ١١٤ .

فإن قيل : هذا التعليل فى الوضع فاسد ، لأنه إيجاب الكفارة بالقياس ، والكفارة من باب المقادير ، فلا يجوز إثباتها بالقياس . [قلنا : ليس كذلك . وسيأتى فى الجواب] .

وأما قوله بأن إفساد الصوم ذنب ، والحاجة مست إلى رفع الذنب - قلنا : رفع الذنب يقتضى وجود الذنب ، والأصل فى هذا الباب حديث الأعرابى[١] : أنه جاء إلى رسول الله ﷺ تائباً نادما ، والتوبة رافعة للذنب بالنصوص ، ومع هذا أوجب الشرع الإعتاق - علم أنه وجب غير معقول / المعنى . ١/١٣

ولئن سلمنا أن الحاجة ماسة إلى رفع الذنب ، ولكن لم قلتم بأنه لا ذنب ههنا سوى إفساد الصوم ؟ .

قوله : لأن مواقعة الأهل حلال - قلنا : فى رمضان أو فى غيره ؟ ع م وهذا لأن ملك النكاح جاز أن لا يتصل به حل الوطء فى بعض الزمان ، كزمان الحيض والنفاس والظهار - كذلك ههنا .

ولئن سلمنا أنها شرعت لرفع إفساد الصوم ، لكن لم قلتم بأن الإفساد فى الأكل والشرب مثل الإفساد فى الوقاع ، وهذا لأن الكف عن الأكل والشرب شاق على البدن ، وإنه معتاد فى النهار ولا كذلك الوقاع . ولأن الأصل فى الأبضاع الحرمة والإباحة ثبتت لعارض ، والأصل فى الأكل والشرب[٢] الإباحة والحرمة ثبتت لعارض . ولهذا إذا حرما بسبب عدم الملك ، كان حرمة الوقاع أغلظ ، فكذا إذا حرما بسبب آخر .

---

(١) « وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : جاء رجل إلى النبى ﷺ فقال : هَلكتُ يارسول الله ! قال : « وما أهلكك ؟ » قال : وقعت على امرأتى فى رمضان ! فقال : هل تجد ما تعتق رقبة ؟ قال : لا . قال : فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : لا . قال : فهل تجد ما تطعم ستين مسكيناً ؟ قال : لا . ثم جَلس فأُتِى النبى ﷺ بعَرَق (زِنبيل أو قفة) فيه تمر فقال : تصدق بهذا فقال : أعلى أفقر منا ؟ فما بين لابتيْها أهل بيت أحوج إليه منا ! فضحك النبى ﷺ حتى بدت أنيابه ثم قال : اذهب فأطعمه أهلك - رواه السبعة واللفظ لمسلم - بلوغ المرام ، رقم ٥٤٧ ، ص ٩٥ ـــ ٩٦ . وسبل السلام ، ٢ : رقم ٦٣٢ ص ٦٦٥ ـــ ٦٦٨ .

(٢) فى الهامش : المأكول والمشروب .

ولئن سلمنا أنهما اتحدا فى الجناية ، ولكن لم قلتم بأنه وجد سبب وجوب الكفارة ههنا ؟ .

قوله : الإفساد سبب – قلنا : باطل بابتلاع الحصاة والنواة وإفطار المريض والمسافر .

الجواب :

قوله : هذا إيجاب الكفارة بالقياس – قلنا : ليس كذلك ، بل بالاستدلال ، فإن القياس إثبات الحكم فى المتنازع لمعنى فى المنصوص عليه ، والاستدلال النظر فى المتنازع : أنه هل هو من جنس ما ورد به النص ؟ فإذا عرف صار منصوصاً عليه ، ويجوز إثبات الحكم ، سواء كان من المقادير أو لم يكن ، كما فى هذه الصورة .

قوله : التوبة رافعة للذنب – قلنا : نعم ، ولكن الإعتاق أيضا يصلح رافعاً للذنب ، والشرع لما عين الإعتاق فى هذه الجناية علم أن التوبة بمجردها لم تكن كافية .

قوله : لم قلتم بأن المواقعة ليست بحرام ؟ – قلنا : لأن ملك النكاح قائم ، وإنه يقتضى الحل مطلقاً . وكذا نقول فى الحيض وغيره : إن نفس الوطء حلال ، وإنما الحرام غيره – كذا ههنا / .

٢/١٣

قوله : الكف عن الأكل والشرب شاق على البدن وإنه معتاد – قلنا : ذاك يختلف باختلاف الرجال والأحوال ، فلا يتعلق الحكم به ، بل [بـ] أصل الداعى .

قوله : حرمة الوقاع أغلظ – قلنا : نعم إذا كان الأكل والوقاع محرما ، وهنا ليس بحرام ، وإنما المحرم هو إفساد الصوم .

وأما الإفطار بالحصاة والنواة ، فليس بإفساد الصوم من كل وجه ، لأنه لا يفوت به معنى الصوم وهو قهر النفس ، فلا تتكامل الجناية ، وإفطار المريض والمسافر ليس بجناية أصلاً ، فافترقا من هذا الوجه .

والله أعلم .

١٧ ـــ **مسألة** : **المنفرد برؤية الهلال إذا شهد عند القاضي ، فرد القاضي شهادته ، يجب عليه الصوم ، ولو أفطر لا يجب عليه الكفارة .**

والوجه فيه – أن الإفطار صادف يوماً تمكنت فيه شبهة الرمضانية ، فلا تجب الكفارة ، قياساً على يوم الشك إذا أفطر .

وإنما قلنا ذلك – لأن دليل الرؤية عارضه دليل الغلط ، وهو تفرده من بين سائر الناس كافة ، وعند الغلط فى الرؤية ينتفى كونه من رمضان ، لأنه لولا الرؤية ، لم تثبت الرمضانية اليوم ، فتثبت المعارضة فتثبت الشبهة ، فلا تجب الكفارة .

فإن قيل : قولكم بأن دليل الرؤية عارضه دليل الغلط ، وهو تفرده من بين سائر الناس . قلنا : لا نسلم بأنه تفرد . وهذا لأن تفرده بالرؤية ، إنما يعلم بعدم رؤية غيره ولا يطلع[١] على ذلك ، لاحتمال وجود الرؤية من الغير ، ولجواز أن ذلك الغير لم يشهد لمانع .

ولئن سلمنا أنه تمكنت شبهة الرمضانية ، ولكن متى لا تجب الكفارة ؟ إذا كانت الكفارة واجبة عليه بالإفطار فى رمضان أم إذا كانت واجبة عليه بإفساد الصوم الواجب عليه بإيجاب الشرع ؟ م ع .

وعندنا الموجب للكفارة ليس إلا هذا .

ولئن سلمنا أن دليل الرؤية عارضه دليل الغلط ، ولكن إذا كانت الكفارة واجبة على تقدير دون تقدير وجب أن تجب احتياطاً .

الجواب / ١٤/١

قوله : احتمال الرؤية من الغير موجود – قلنا : لو رآه غيره لشهد عند القاضي .

قوله : يحتمل أنه لم يشهد لمانع – قلنا : هذا مجرد وهم لا دليل عليه ، فلا يعتبر فى الأحكام .

---

(١) يجوز أن تقرأ « ولا نطلع » لأن الحرف الأول من الفعل غير منقوط .

قوله : الكفارة إنما وجبت ، لأنه إفطار فى يوم واجب ابتداء ، لا من حيث إنه رمضان – قلنا : صوم هذا اليوم ليس بواجب متعين[١] ، بل فى وجوبه شبهة ، على ما مرَّ ، فلا تجب الكفارة .

قوله : إذا كانت الكفارة واجبة على تقدير دون تقدير ، وجب أن تجب احتياطاً – قلنا : هذا إثبات الحكم بالشك والاحتمال ، فلا يجب

١٨ ــ **مسألة** : الكفارتان تتداخلان .

والوجه فيه – أن الكفارة إنما وجبت فى الأصل لتفيد معنى الزجر ، والكفارة الثانية لا تفيد معنى الزجر ، فلا تجب .

وإنما قلنا ذلك – لأنه إذا تحمل مشقة الكفارة الأولى ، يمتنع من الجناية فى الثانى غالباً . وإذا حصل الزجر بالأولى لا يتصور حصوله بالثانية ، لأن تحصيل الحاصل محال .

فإن قيل : قولكم بأن الكفارة فى الأصل تفيد معنى الزجر – قلنا : لا نسلم أن نفس الأداء يصلح أن يكون زاجراً ، فضلاً عن الوجوب .

بيانه – أن الزجر إنما يحصل[٢] بعقوبة تقام على الإنسان جبراً بدون اختياره كالحدود ونحوها ، والكفارة تتعلق باختياره ، فلا يحصل الزجر .

ثم الدليل على أنها لم تشرع للزجر ، وإنما شرعته لستر الذنب – أن[٣] الكفارة من الكفر ، والكفر فى اللغة هو الستر لا الزجر ، والحاجة إلى الستر فى المرة الثانية ، كالحاجة إلى الستر فى الأولى .

---

(١) فى الأصل : الميم غير واضحة . وهى فيه هكذا : « ـتعين » .

(٢) فى الأصل : الظاهر أنها كانت « يصلح » ثم عدلت حروفها بحيث صارت « يحصل » وسترد بعد كلمات : « فلا يحصل » .

(٣) فى الأصل : « لأن » .

ولئن سلمنا أن الكفارة للزجر ، ولكن لم قلتم بأن الكفارة فى الثانية عَرِيت عن[١] هذا المعنى ؟ .

قوله : لأن الزجر حصل بالأولى ، فلا يحصل بالثانية – قلنا : قطعاً أم على سبيل الاحتمال ؟ ع م . وإذا احتمل عدم الانزجار[٢] ، لوجب أن تجب الكفارة الثانية تحقيقاً لمعنى الزجر . وصار هذا كما لو أفطر فى رمضانين حيث يلزمه كفارتان ، مع ما ذكرتم .

الجواب :

٢/١٤ قوله : لم قلتم بأن / أداء الكفارة يصلح زاجراً ؟ – قلنا : لما فيه من المشقة وفوات المال ، فيمتنع عما يوقعه فيه غالباً .

قوله : يتعلق باختياره – قلنا : نعم ، ولكن الوجوب حامل له على الأداء ، فإذا أدى حصل الزجر بنفس الأداء .

قوله : بأنها لا تنبىء عن الزجر – قلنا : هو فى نفسه رافع وساتر ، ولكن ههنا رافع آخر دونه فى المشقة ، وهو التوبة . فالشرع إنما شرع الكفارة لمصلحة الزجر ، لمساس الحاجة والصلاحية .

قوله : لم قلتم بأن الكفارة فى الثانية عريت[٣] عن هذا المعنى ؟ – قلنا : لأنه لم يتحمل مشقة الأولى إلا للامتناع عن الإفطار فى المستقبل غالباً ، فلا يتصور حصول هذا المعنى بالكفارة الثانية مرة أخرى .

وأما إذا أفطر فى رمضانين – [فـ] تلزمه كفارة واحدة فى ظاهر الرواية ، فيمنع .

---

(١) عَرِى من ثيابه تجرد منها وعَرِى من العيب سَلِم – المعجم الوسيط . وفى الأصل : « عن » بدلا من « من » .

(٢) فى الأصل كلمة « الانزجار » غير واضحة وناقصة حرف الراء .

(٣) عَرِى من ثيابه تجرد منها : ويقال : عَرِى من العيب – المعجم الوسيط . راجع فيما تقدم الهامش ١ .

ولئن سلمنا ، فتأخير الكفارة إلى السنة القابلة نادر ، فيلحق بالغالب .

والله أعلم .

١٩ ــــ **مسألة** : إذا شرع فى الصوم التطوع ثم أفسده ، قضاه .

والوجه فيه – أن الامتناع عن الصوم فى بقية اليوم إبطال للعمل المؤدى فى أول اليوم(١) ، وإنه حرام ، فيجب عليه المضى ، تحرزاً عن الحرام .

وإنما قلنا ذلك – لأن المؤدى فى أول اليوم صوم أو سبب الصوم على تقدير ضم(٢) الباقى . وعلى تقدير الإفطار يخرج عن أن يكون صوماً أو سبباً للصوم ، والصوم عمل ، فما يؤدى إلى إبطاله ، يكون إبطالاً للعمل ، فيكون حراما ، لقوله تعالى : ﴿ ولا تُبطِلوا أعمالَكم ﴾(٣) .

فإن قيل : قولكم بأن الامتناع عن الصوم إبطال للعمل – قلنا : لا نسلم بأن إبطال العلم متصور .

بيانه – أن إبطال العمل لا يخلو : إما أن يكون قبل وجوده ، أو بعده ، أو حال وجوده . لا وجه للأول لأنه عدم . ولا وجه للثانى لأنه تلاشى لأنه عرض . ولا وجه للثالث لأن الإبطال إذا طرأ على الموجود يرفعه ، فإذا قارنه يمنعه ، ولأن الشيء حال وجوده غير موجود بصفة التمام ، فلا يتصور إبطاله . /

١/١٥ ولئن سلمنا أن الإبطال متصور ، ولكن لم قلتم بأن المؤدى فى أول اليوم سبب للثواب أو صوم(٤) ، وهذا لأن الصوم هو الإمساك الممتد من أول النهار إلى آخره مقروناً

---

(١) وهو الصوم كما سيلى بعد قليل .

(٢) لعل المقصود « صوم الباقى » لمقابلة المعنى التالى وهو « الإفطار » .

(٣) محمد : ٣٣ – ﴿ يأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول ولا تبطلوا أعمالكم ﴾ .

(٤) الذى تقدم هو : « .. لأن المؤدى فى أول اليوم صوم أو سبب الصوم ... » – انظر العبارة التالية .

بالنية ، ولم يوجد . وليس بسبب للثواب ، لأن الصوم إنما يقع سبباً للثواب إذا وقع قربة وطاعة لله ، وإنما يقع قربة وطاعة لله إذا كان حاصلاً بإذن الشرع ، وإذن الشرع مقيد بشرط الإتمام .

ولئن سلمنا بأنه إبطال العمل - ولكن متى يكون حراماً : إذا تضمن حق العبد أم إذا لم يتضمن ؟ ع م . وهذا لأن حق العبد مقدم على حق الشرع ، لاستغناء الشرع وحاجة العبد ، وفى هذا الإبطال رعاية لحق العبد من استيفاء مصالح التغدى(١) وغيرها .

ثم هذا معارض بما روت عائشة قالت : « دخل عليَّ رسول الله ﷺ فقلنا : يارسول الله أهدى لنا حَيْس فقال : أرينيه ، فلقد أصبحت صائما ، فأكل »(٢) هـ .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن إبطال العمل متصور ؟ - قلنا : بالنص والعرف : أما النص فما تلونا من النهى(٣) ، والنهى يدل على تصور المنهى . وأما العرف - يقال : فلان سعى فى أمر فلان ثم(٤) أبطل سعيه . والفقه فيه أن البطلان فى اللغة هو التلاشى ، ويستعمل فى الأعمال ، ويراد به تلاشى الغرض المطلوب منها ، وقد وجد ههنا .

قوله : لم قلتم بأن المؤدى فى أول اليوم صوم ؟ - قلنا : لأنه يسمى صائماً عرفاً وشرعاً .

قوله : لم قلتم بأنه سبب للثواب ؟ قلنا : لأن الصوم سبب للثواب بالنصوص .

قوله : إنما يكون سبباً للثواب إذا كان قربة وطاعة - قلنا : النص إذا دل على كونه

---

(١) التغذى أكل الغذاء - المعجم الوسيط . والكلمة غير ظاهرة بأكملها فى الأصل .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٣٣ .

(٣) لعله يقصد قوله تعالى : ﴿ ولا تُبطلوا أعمالكم ﴾ محمد ٣٣ - راجع الهامش ٣ ص ٤٣ .

(٤) « فلان ثم » غير واضحة .

سبباً للثواب ، فقد دل على كونه قربة وطاعة ، والشروع فى الصوم على قصد الإتمام مأذون فيه مطلقاً من غير تقييد ، وإنه يبطل بترك الباقى بالإجماع .

٢/١٥ وأما ما ذكر من حق العبد – قلنا : الترجيح لحق الشرع لوجهين : أحدهما – / أن حق العبد يفوت إلى غرض وهو الثواب . والثانى – وهو أن حق العبد يفوت برضاه – فكان أولى بالترك .

وأما الحديث – قلنا : يحتمل أنه ﷺ كان صائماً عن واجب لا عن نفل ، فلا يكون واقعاً فى مورد النزاع .

[٤]

كتاب النكـاح

٢٠ ـــ **مسألة** : الاشتغال بالنكاح أفضل من التخلى[١] لنوافل العبادات .

والوجه فيه - أن النكاح واجب ، والتخلى ليس بواجب .

وإنما قلنا إن النكاح واجب لقوله تعالى : ﴿ فانكحوا ﴾[٢] : ولقوله عليه السلام : « تناكحوا »[٣] : أمر ، والأمر للوجوب .

وإنما قلنا إن التخلى ليس بواجب ، لأنا أجمعنا على أنه لو تركه لا يعاقب ، والواجب ما يعاقب على تركه .

وإذا ثبت أن النكاح واجب ، فالاشتغال بالواجب أولى ، لأن الاشتغال بالواجب تحصيل مصلحة يجب استيفاؤها ، وهى مصلحة دفع الضرر بسبب العقاب .

فإن قيل : قولكم بأن النكاح واجب – قلنا : لا نسلم ، وظاهر أنه ليس بواجب ، لأنه لو تركه لا يعاقب بالإجماع .

---

(١) تَخَلَّى تفرغ – مختار الصحاح والمعجم الوسيط – قال السمرقندى فى التحفة ، ٢ : ١٧٥ : « .. فعندنا الاشتغال بالنكاح مع أداء الفرائض والسنن أولى من التخلى لنوافل العبادة مع ترك النكاح – خلافا للشافعى » وفى الأصل « التحلى » .

(٢) النساء : ٣ – ﴿ وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع .. ﴾ وانظر : المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم مادة « نكح » ففيه بيان طويل فى هذا الصدد .

(٣) فى بلوغ المرام ، رقم ٨٢٤ ص ١٤٩ : « تزوجوا الودودَ الولودَ فإنى مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة » رواه أحمد وصححه ابن حبان وله شاهد عند أبى داود والنسائى وابن حبان أيضاً من حديث معقل بن يسار . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٩١٢ ص ٩٧٥ – ٩٧٦ . وانظر فيهما بوجه عام « كتاب النكاح » .

وأما النصوص - قلنا : لا نسلم بأن هذه الصيغة أمر ، بل هى مترددة وضعاً بين الندب والإباحة والتوبيخ والتسخير ، فلا تحمل على الأمر إلا بدليل زائد .

ولئن سلمنا أن هذه الصيغة وقعت أمراً ، ولكن لم قلتم بأن الأمر يقتضى الوجوب - وهذا لأن الأمر ليس إلا دعاء إلى الفعل المأمور به ، ومتى كان الأمر حكمياً لا يأمر بالفعل إلا لترجيح جهة وجوده على جهة عدمه ، والترجيح كما يثبت بالوجوب يثبت بالندب ، والوجوب أعلاهما والندب أدناهما ، والأدنى متيقن به والأعلى مشكوك فيه ، فيثبت المتيقن وهو الندب ، دون المشكوك .

ولئن سلمنا أن الأمر يفيد الوجوب ، ولكن : أمر ورد قبل الحظر أم ورد بعد الحظر ؟ م ع . وبيانه - وهو أنا وجدنا / الأوامر الواردة فى الشرع بعد الحظر أفادت الإباحة كقوله تعالى : ﴿ وإذا حَلَلْتُم فاصْطَادُوا ﴾(١) وكقوله تعالى : ﴿ فإذا قُضِيتِ الصلاةُ فانْتشِرُوا ﴾(٢) والفقه فيه أن النهى عن الفعل وحظره دلالة أن فى الطبع دعاء إليه - لولا ذلك لم يصح النهى فى الحكمة . وإذا كان كذلك كان المراد بالأمر الإباحة وإزالة الحظر حتى يفعل هو بطبعه ، فلا يحتاج إلى الترغيب بالإيجاب ، فإنه لا يقال للجائع : كل وإلا عاقبتك . ١/١٦

وإذا ثبت أن الأمر بعد الحظر يكون للإباحة ، فنقول : الأمر بالنكاح ورد بعد الحظر ، لأن فى النكاح قضاء الشهوة ، والشرع ما جاء إلا بتحريم قضاء الشهوة ، فكان الأمر الوارد فى النكاح وارداً بعد الحظر ، فيفيد الإباحة ، دون الوجوب .

ولئن سلمنا أن الأمر يقتضى الوجوب مطلقاً ، ولكن فى محل قابل للوجوب أم فى محل غير قابل ؟ م ع . بيانه - أن النكاح عقد معاملة ، ولهذا يصح من الكافر أيضاً ، فلا

---

(١) المائدة : ٢ .

(٢) الجمعة : ١٠ - ﴿ فإذا قُضِيتِ الصلاةُ فانتشروا فى الأرضِ وابتغُوا من فضلِ الله ... ﴾ . وفى الأصل : « وإذا » .

يتصف بالوجوب ، ولأن فى الطبع داعية[١] إلى النكاح لما فيه من قضاء الشهوة ، وما هذا حاله لا يتصف بالوجوب .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أن النكاح واجب ، ولكن ههنا دليل يأبى ذلك ، وهو أن النبى ﷺ سماه « سنة » بقوله عليه السلام : « النكاح سنّتى » والسنّة غير الواجب .

ولئن سلمنا أن النكاح واجب ، ولكن على سبيل التعيين أم سبيل الكفاية ؟ ع م . ولا يمكن[٢] دعوى التعيين ، لأنا أجمعنا على أن كل واحد من المسلمين لو تركه لا يأثم . وإذا كان واجباً على سبيل الكفاية ، لا يترجح على المندوب .

ولئن سلمنا أن النكاح واجب ، ولكن لم قلتم بأن التخلى ليس بواجب ؟ - وبيانه وهو أن المقصود من خلق العباد العبادة مطلقاً ، لقوله تعالى : ﴿ وما خَلقتُ الجِنَّ والإنسَ إلاَّ ليعبدُونِ ﴾[٣] وقوله تعالى : ﴿ يا / أيُّها الناسُ اعبدُوا ربَّكم ﴾[٤] . ٢/١٦

ولئن سلمنا أن التخلى ليس بواجب ، ولكنه عبادة ، والنكاح ليس بعبادة ، وما يكون عبادة فهو أفضل مما لا يكون عبادة .

الجواب :

قوله : لو ترك النكاح لا يعاقب بالإجماع ، فلا يكون واجباً - قلنا : الجواب عنه ما مر فى مسألة المجنون[٥] .

---

(١) كذا تبدو ولعلها : « دواعيه » . وفى المعجم الوسيط : دعا إلى الشىء حثه على قصده - والداعية ، الهاء للمبالغة والجمع دَوَاع ، الذى يدعو إلى دين أو فكرة .

(٢) كذا نرجح استناداً إلى تعبير المؤلف فى مواضع مشابهة مثل ما فى ٢/١٧ من المخطوط لأنها غير واضحة تماماً .

(٣) الذاريات : ٥٦ .

(٤) البقرة : ٢١ - وانظر المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم كلمة « اعبدوا » .

(٥) راجع فيما تقدم ص ٢٧ و ٣٣ وما بعدهما المسألة ١١ و ١٤ .

ثم نقول : النكاح واجب عندنا على سبيل الكفاية ، فلا يأثم به البعض إذا قام به البعض ، ولو ترك الكل فالكل يأثمون .

قوله : لم قلتم بأن هذه الصيغة أمر ؟ قلنا : لأن كون الصيغة أمراً يقف على شرطين : أحدهما المرتبة ، والثانى الإرادة – الدليل عليه أن السيد إذا قال لعبده : « اسقنى » يسبق إلى فهم العبد كونه أمراً ويسارع إلى الامتثال . وقد وجد فى هذه الصورة علو المرتبة والإرادة . أما علو المرتبة فظاهر . وأما الإرادة فلأنه إذا وجدت هذه الصيغة متجردة عن القرائن ، وهذه الصيغة موضوعة للأمر – دلت على إرادة كونه أمراً .

قوله : لم قلتم بأن الأمر للوجوب ؟ – قلنا : لأن الصحابة حملوا أوامر الله وأوامر رسوله على الوجوب . ولأن[١] ترك الفعل المأمور به عصيان ، لأن اللغوى لا يفرق بين قول القائل : أمرتك بكذا فعصيتنى وبين قوله : أمرتك فلم تفعل . وقال الشاعر : « أمرتك أمراً جازما فعصيتنى »[٢] أى لم تفعل . فثبت أن ترك الفعل المأمور به عصيان ، والمعصية سبب لاستحقاق العقاب ، لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَعْصِ اللهَ ورسولَه ويتعدَّ حُدودَه يُدخلْه ناراً خَالداً فيها ﴾[٣] .

قوله : متى يفيد الواجب : إذا ورد بعد الحظر أم قبل الحظر ؟ قلنا : قبله وبعده ، لأن ما ذكرناه من [الكتاب][٤] لا يفصل . وفيما ذكر من المواضع حمل على

---

(١) فى الأصل كذا : « ولين » .

(٢) البيت بأكمله كما فى المعتمد (١ : ٦٠) دون نسبته إلى أحد :

أمرتك أمراً جازماً فعصيتنى ٭٭ فأصبحت مسلوب الإرادة نادماً

وانظر : « أصول الفقه » للمؤلف ص من مخطوطته ١٨/١ وما بعدها .

(٣) النساء : ١٤ . وانظر أيضاً : سورة الجن : ٢٣ .

(٤) هذه الكلمة « الكتاب » وردت فى الهامش وهى غير واضحة أصلاً – راجع كتاب المؤلف « أصول الفقه » ص فى المخطوطة ٢١/٢ وما بعدها – وأثبتناها هنا كما نظن ، والله أعلم =

الإباحة لا لكونه وارداً بعد الحظر بدليل أن الله تعالى نهى الحائض عن الصوم والصلاة ثم أمرها بهما ، وهو محمول / على الوجوب . وكذا نهى المحرم عن حلق الرأس ثم أمره به ، وإنه واجب . ١/١٧

قوله : بأن الأمر بالنكاح ورد بغد الحظر - قلنا : لا نسلم .

قوله بأن النكاح قضاء الشهوة وإنه حرام - قلنا : قضاء الشهوة فى باب النكاح دخل بطريق الضمن والتبع ، وإنما المقصود مصالح التوالد والتناسل وغير ذلك .

قوله : لم قلتم بأن هذا المحل قابل للوجوب - قلنا : لأنه لو لم يكن قابلاً للوجوب لما أضيف إليه الأمر .

قوله : النكاح معاملة - قلنا : بلى ، ولكن معاملة شرعت لمصلحة بقاء العالم ، فيكون واجباً كالكسب والزراعة ، إذ لا تنافى بينهما .

قوله : فى الطبع دعاء اليه - قلنا :[١] بلى ، ولكن لا ينفى الوجوب ؟ كصلة الرحم وغيرها .

قوله : سماه النبى ﷺ « سنّة » والسنّة اسم لغير الواجب - قلنا : لا نسلم ، بل السنّة عبارة عن طريقة مسلوكة ، والطريقة قد تكون واجبة وقد تكون غير واجبة .

قوله : النكاح واجب على سبيل الكفاية - قلنا : نعم ، ولكن هذا يكفى للترجيح على النوافل ، لأنها ليست بواجبة .

قوله : لم قلتم بأن التخلى ليس بواجب ؟ قلنا : لما ذكرنا ، ولأنه معلق باختيار العبد - قال عليه السلام : « الصلاة خير موضوع فمن شاء فليقلل ومن شاء

= وراجع الهامش السابق (٣) ونلاحظ أيضا أنه ورد حديث فى ذلك وقد تقدم فلعل الكلمة الجامعة هى : « الأدلة » أو « النصوص » وانظر : السمرقندى ، ميزان الأصول ، ص ١١١ - ١١٢ .

(١) فى الأصل كذا : « قل » . والمؤلف جرى على قوله هذا الموضع وأمثاله « قلنا » مم يجعل هذا فى نظرنا خطأً من الناسخ .

فليستكثر[١] » وما هذا حاله لا يتصف بالوجوب .

وأما الآية[٢] فالمراد منه « إلا ليوحدون » نقلاً عن أئمة التفسير . وكذا قوله تعالى : ﴿ اعبدُوا ربَّكم ﴾ أى « وحدوا ربكم »[٣] .

قوله : بأن النوافل عبادة والنكاح معاملة – قلنا : بلى ، ولكن تعلقت بهذه المعاملة مصلحة هي أهم من المصلحة المتعلقة بتلك العبادة ، فيكون راجحاً هـ .

٢١ ـ **مسألة** : البنت المخلوقة من ماء الزانى يحرم على الزانى نكاحها .

والوجه فيه – أن هذه بنته ، فتحرم عليه .

وإنما قلنا ذلك – وذلك لأن / بنت الرجل لغة هى الأنثى المخلوقة من مائه ، وهذه أنثى مخلوقة من مائه ، فتكون بنته ، فتحرم عليه ، لقوله تعالى : ﴿ حُرِّمتْ عليكم أمهاتُكم وبناتُكم ﴾[٤] . ٢/١٧

فإن قيل : قولكم بأنها بنته – قلنا : لا نسلم .

قوله : بنت الرجل لغة هى الأنثى المخلوقة من مائه – قلنا : نعم ولكن لم قلتم بأن هذه مخلوقة من مائه ؟ وهذا لأن الانخلاق من مائه أمر باطن لا يوقف عليه إلا بدليل ، ولا دليل ههنا ، لأن الزانية يأتيها غير واحد من الرجال ، فلا دليل على كونها مخلوقة من مائه .

ولئن سلمنا أنها مخلوقة من مائه ، والمخلوقة من مائه تكون بنته – ولكن لغة أو شرعاً ؟ م ع . ولا يمكن دعواه ، لأن الشرع قطع الإضافة عن الزانى حيث قال : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ، ومثل هذا الكلام مستعمل للقطع والنفى . وإذا

---

(١) فى الأصل كذا : « فليستكر » .

(٢ – ٣) راجع فيما تقدم ص ٤٨ – الآية ٥٦ من الذاريات و ٢١ من البقرة . وفى فتح القدير للشوكانى ، جـ ٥ ص ٩٢ : « وقال الكلبى : المعنى إلا ليوحدون » وقد أورد أقوالاً أخرى .

(٤) النساء : ٢٣ .

كان منقطع الإضافة عنه شرعاً ، كانت كذلك عرفاً ، ولأن الشرع حرم نسبة المخلوق من الزنا إلى الزانى ، لأن فيه إشاعة الفاحشة ، والظاهر امتناع الناس عما حرمه الشرع .

ولئن سلمنا أنها بنته ، ولكن لم قلتم بأنها تحرم عليه ؟ .

أما النص – قلنا : الداخل تحت النص بنت مضافة إليه مطلقاً ، والمضافة إليه مطلقاً هى المضافة إليه لغة وعرفاً وشرعاً ، فلا تتناولها الآية .

ولئن سلمنا بأنها مضافة إليه عرفاً وشرعاً ، ولكن فى حق جميع الأحكام أم فى حق بعض الأحكام دون البعض ؟ ع م .

ولا يمكن دعوى الأول ، لأنها غير مضاف [ـة] إليه فى حق الإرث وفى حق النفقة وفى الاستيلاد . ولأن الزنا حرام ، فلا يجوز أن يكون سبباً لإضافة الولد ، لأنها نعمة .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأنها مخلوقة من مائه – قلنا : عنه جوابان :

أحدهما – أنا لا نتكلم فى زان معين ، بل نقول هذا متصور أن يقع ويعرف ، فنتكلم فى ذلك المتصور على تقدير الوقوع .

١/١٨ والثانى – بفرض[١] الكلام فيما إذا زنى وأمسكها فى بيته / حتى جاء الولد إلى ستة أشهر ، وقد أقر بذلك .

قوله : بنته لغة أم شرعاً ؟ – قلنا : لا حاجة بنا إلى ذلك ، ولكنا نقول : هذه بنت مختصة به حقيقة ، والنص يقتضى تحريمها مطلقاً ، فتدخل تحت النص ، غاية ما فى الباب أن الشرع قطع إضافتها إليه . ولكن إنما قطع الإضافة فى حق تلك الأحكام التى ذكر لمعنى – ذلك المعنى غير موجود فى الحرمة . بيانه – أن فى الإضافة إلى الزانى فى

---

(١) يجوز أن تكون : « نفرض » إذ الحرف الأول غير منقوط .

حق جريان الإرث والنفقة وأمية الولد بينهما[١] إشاعة الفاحشة والتسوية بين النكاح والسفاح ، فالشرع قطع الإضافة فى هذه الأحكام لهذا المعنى ، وهذا المعنى معدوم فى الحرمة ، إذ ليس فى الامتناع من النكاح إشاعة الفاحشة .

قوله : بأن هذا إثبات النعمة بالزنا - قلنا : ليس كذلك ، بل هو إثبات الحرمة بالنص ، بناء على أمر حقيقى ، لا بالمعنى هـ .

٢٢ ــ **مسألة** : الزنا يوجب حرمة المصاهرة .

والوجه فيه - قوله تعالى : ﴿ ولا تَنكحُوا ما نَكَحَ آباؤُكم من النساءِ ﴾[٢] - الله تعالى نهى عن وطء موطوءة الأب ، وهذه موطوءة الأب ، فيحرم وطئها . وإذا حرم وطئها حرم نكاحها[٣] ، إذ لا قائل يحل النكاح وحرمة الوطء .

وإنما قلنا إنه نهى عن وطء موطوءة الأب ، لأنه نهى عن نكاح منكوحة الأب ، والنكاح فى اللغة حقيقة عبارة عن الوطء ، ثم جعل مجازا عن العقد ، فصح ما ادعينا : أن هذا نهى عن وطء الموطوءة ، فتحرم .

فإن قيل : قولكم بأن النكاح فى اللغة عبارة عن الوطء حقيقة - قلنا : لا نسلم ،

---

(١) كذا تبدو فى الأصل : « أمية الولد بينهما » . وتقدم منذ قليل أنها غير مضافة إليه فى حق الإرث والنفقة والاستيلاد . وفى المعجم الوسيط : الأُمِّىُّ نسبة إلى الأم .

ويلاحظ أن ولد الزنا يثبت نسبه من أمه وإن كان لا يثبت نسبه من الزانى - أستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية - قسم الزواج ، ص ٣٩٦ و ٣٩٧ . وقد نص فى المادة ١٨٤ من مشروع قانون الأحوال الشخصية الذى تم بإشراف شيخ الإسلام الإمام المرحوم عبد الحليم محمود على ما يأتى : « يثبت نسب كل مولود إلى أمه بمجرد ثبوت الولادة دون قيد أو شرط وتترتب على هذا النسب بينهما جميع نتائجه المتفرعة عن الأمومة والبنوة مالية أو غير مالية » .

(٢) النساء : ٢٢ .

(٣) فى الأصل : « نكاحاً » .

ن النكاح مجاز فى الوطء ، بدليل أنه يصح أن يقال : وطئها وما نكحها ، أو نكحها وما وطئها ، وهذا أمارة المجاز .

ولا يقال بأن الأصل هو الحقيقة ، لأنا نقول : لا نسلم ، بل كل واحد منهما أصل ، بل المجاز أفصح وأكثر استعمالاً . ولا يقال بأن المجاز يخل بالفهم ، لأنا نقول / يخل بالإفهام المطلوب من الحقيقة ، أما لا يخل بالإفهام المطلوب من المجاز .

٢/١٨

ولئن سلمنا بأن المراد من منكوحة الأب موطوءة الأب ، ولكن لم قلتم بأن المراد بكلمة « ما » بقوله : ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ﴾[1] هى المرأة . وهذا لأن كلمة « ما » حقيقة فى غير العقلاء ، فلو كان المراد منه « المرأة » لقال : « من نكح آباؤكم » ، فكان المراد والله أعلم : ولا تنكحوا النكاح الذى كان يعقد آباؤكم فى الجاهلية .

ثم نقول : الحرمة عندكم ثبتت بالنظر والمس قبل الوطء ، فلا يمكن إثباتها بالوطء ، وصار هذا كوطء الصغيرة التى لا تشتهى .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن النكاح عبارة عن الوطء حقيقة – قلنا : لأن مطلق الاستعمال دليل الحقيقة .

قوله : يصح أن يقال : نكحها وما وطئها – قلنا : لا نسلم بأنه يصح أن يقال هذا الكلام مطلقاً ، وإنما يصح على تقدير إضمار شىء وهو قوله : نكحها نكاحاً هو عقد وما وطئها ، فعلم أن النكاح حقيقة للوطء والعقد على طريق العموم ، احترازاً عن الاشتراك المخل بالفهم .

قوله : بأنه ذكر بكلمة « ما » – قلنا : كلمة « ما » قد تستعمل بدلاً عن كلمة « من » – قال الله تعالى : ﴿ قال فرعونُ وما ربُّ العَالمينَ ﴾[2] بمعنى « من » فيجب

---

(١) النساء : ٢٢ .

(٢) الشعراء : ٢٣ .

الحمل عليه عند قيام الدليل ، وقد دل الدليل وهو قوله « من » النساء ، لأن المنتزع من جنس المنتزع منه .

وأما قوله : بأن الحرمة تثبت بالمس والنظر قبل الوطء - قلنا : النظر سبب للحرمة ، إذا لم يتصل بالوطء ، لكونه سبباً مفضياً إليه قائما مقامه . أما إذا اتصل به الوطء فلا .

وأما وطء الصغيرة التي لا تشتهى - قلنا : عند أبي يوسف ممنوع . وعندهما : إنما لا يوجب الحرمة ، لأنه وطء صورة لا معنى ، والنص يتناول الوطء المطلق .

والله أعلم .

٢٣ ــ **مسألة** : الأب إذا تزوج بجارية الابن يجوز .

والوجه فيه - أنه تزوج بجارية غير مملوكه له / بوجه ما ، فوجب أن يجوز ، قياساً على التزوج بجارية الأجنبى . ١/١٩

وإنما قلنا ذلك - وذلك لأنها مملوكة الابن من كل وجه ، بدليل نفاذ تصرفاته فيها[١] من البيع والهبة وحل الوطء والإعتاق وغيرها . وإذا كانت مملوكة الابن من كل وجه لا تكون مملوكة للأب ، لأن الجمع بين الملكين لشخصين فى محل واحد فى زمان واحد ممتنع .

فإن قيل : قولكم بأنه تزوج بجارية غير مملوكة له بوجه ما - قلنا : لا نسلم ، بل هى مملوكة للأب من حيث النص والحكم والمعقول :

أما النص - [فـ] قوله عليه السلام : « أنت ومالك لأبيك » .

وأما الحكم - [فـ] أجمعنا على أن الأب إذا استولد جارية ابنه يصح ، وإن وطئها لا يجب عليه الحد ، وإن ادعى ولدها يثبت منه النسب .

---

(١) كذا تبدو فى الهامش .

وأما المعقول - فهو أنها كسب كسبه ، لأنها كسب الابن ، والابن كسبه ، والكسب سبب الملك .

ولئن سلمنا أنها غير مملوكة للأب بوجه ، ولكن لم قلتم بأنها مملوكة للابن من كل وجه ؟ أما حل الوطء ونفاذ العتق فلا يدل على الملك من كل وجه ، بدليل حل الوطء ونفاذ العتق فى المدبرة(١) وأم الولد(٢) مع انتفاء الملك من كل وجه .

والدليل على أن الملك ليس ثابتاً(٣) للابن من كل وجه أن من جملة آثار الملك حجر الغير عن التصرف والتملك ، وهذا غير ثابت للابن فى حق الأب ، فإن الأب غير محجور عن ذلك .

ولئن سلمنا أنها مملوكة للابن من كل وجه ، ولكن لم قلتم بأنها لا تكون مملوكة للأب ؟ .

قوله : الجمع بين الملكين ممتنع - قلنا : باعتبار ذاتيهما أم باعتبار أثريهما ؟ ع م . ولكنا لا نجمع بينهما فى حق الآثار المتنافية ، لأنا [نفينا هذا](٤) الملك فى منع جواز نكاح الأب ومنع جواز نكاح الابن [والتنافى](٥) بينهما / ٢/١٠

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يقتضى جواز النكاح ، ولكن ههنا دليل آخر يأبى ذلك . وذلك لأن الملك للأب ثابت من وجه على ما ذكرنا ، والثابت من وجه يلحق بالثابت

---

(١) كذا فيما بعد (المدبرة) وهنا أيضاً إلا أن التاء الأخيرة غير ظاهرة هنا .

(٢) راجع : « التحفة ، جـ ٢ ص ٤٠٦ ـــ ٤١٠ فى أم الولد وص ٤١٠ ـــ ٤١٥ فى المدبر .

(٣) فى الأصل : « ثابت » .

(٤ ـــ ٥) هذه الكلمات موضعها فى الأصل بياض إلا من بعض الحروف . فهى من اجتهادنا . وسيأتى قريباً فى الجواب قوله : « ومن المحال صحة البيع والهبة من الأب والابن فيها وإذا ثبت التنافى بين هذه الآثار ثبت التنافى بين المعنيين المقتضيين لها ... لما نفينا الملك أصلا ... » . ولعل المقصود هنا : لأنا نفينا اجتماع الملك للابن والأب معاً - والله أعلم .

من كل وجه فى حق منع جواز النكاح احتياطاً ، إذ هو من باب الحرمات .

الجواب :

قوله : بأنها مملوكة للأب – قلنا : لا نسلم .

وأما الحديث – قلنا : الإضافة إنما تقتضى الملك إذا صادفت محلاً قابلاً للملك ، والمحل إنما يقبل الملك إذا كان فارغاً عن ملك الغير ، ومال الابن ملكه من كل وجه – على ما مرَّ .

وأما صحة الاستيلاد وثبوت النسب ، [فـ] باعتبار ثبوت الملك قبيل الاستيلاد مقتضٍ(١) له ، لا لملك كان ثابتاً قبله .

وأما سقوط الحد – فلوجود الشبهة ، أو باعتبار حق التملك ، لا باعتبار قيام الملك فى الحال .

قوله : كسب الكسب سبب الملك – قلنا : إذا كان الكاسب الثانى حراً أم إذا لم يكن ؟ ع م – ولكن الكاسب ههنا وهو الابن حر مالك ، فملكه ينفى ملك الغير .

وأما المدبرة وأم الولد – قلنا : الملك ثابت فيهما من كل وجه . ولئن امتنع جواز البيع والكفارة [فـ] لمعنى آخر ، وهو انعقاد سبب الحرمة فى الحال ، لما عرف .

قوله : من آثار ملك الغير حجر الغير عن التصرف – قلنا : نعم ، والأب محجور عن التصرف فى مال الابن ، حتى لو باعه ابتداء أو أعتقه لا ينفذ ،والحجر عن التملك أثر العصمة لا أثر الملك .

قوله : بأن التنافى بين الآثار لا بين الملكين – قلنا : التنافى بين هذه الآثار والأحكام لا يوجب التنافى بين الملكين ، لأن الملك هو المعنى المقتضى لهذه الآثار ، ومن المحال صحة البيع والهبة من الأب والابن فيها ، وإذا ثبت التنافى بين هذه الآثار ثبت التنافى بين المعنيين المقتضيين لها .

---

(١) فى الأصل كذا : « مقتضى » .

قوله : بأن الثابت من وجه يلحق بالثابت من كل وجه احتياطاً - قلنا : لما نفينا الملك أصلاً / وجب القول بجواز النكاح لخلو المحل عن ملك اليمين .

١/٢٠

٢٤ ـــ **مسألة** : زوج المعتدة إذا قال : أخبرتنى المرأة أن عدتها انقضت ، وذلك فى مدة تحتمل انقضاء العدة ، وكذبته - فإنه يصدق الزوج فى حل نكاح أختها أو أربع سواها .

والوجه - أن إخبار الزوج(١) حصل أمارة على انقضاء العدة ، فوجب أن يترتب عليه حل نكاح أختها وأربع سواها ، قياساً على ما إذا صدقته المرأة .

وإنما قلنا ذلك - لأن إخباره صدر عن عقل ودين ، فيترجح فيه الصدق على الكذب ، نظراً إلى ظاهر حاله ، فوجب العمل بخبره .

فإن قيل : قولكم بأن إخبار الزوج أمارة انقضاء العدة ، لأنه صادر عن عقل ودين ، وهما يدعوانه إلى الصدق - قلنا : إن كان العقل والدين يدعوانه إلى الصدق ، فالهوى والطبع يدعوانه إلى الكذب ، لتعلق النفع به ، وهو حل نكاح الأخت .

ولئن سلمنا أن إخباره أمارة الانقضاء ، ولكن إخبارها أمارة عدم الانقضاء ، والترجيح معها ، لأن إخبارها صدر عن علم وولاية ، لأنها أعلم بحالها ، والله تعالى أمرها بإظهار ما فى رحمها بقوله تعالى : ﴿ ولا يحلُّ لهنَّ أن يكتمنَ - الآية(٢) ﴾ ، ولأنها أمينة ، والقول قول الأمين - لما عرف فى الأحكام .

ثم إذا تعارض الحل والحرمة ، فالأخذ بالحرمة أولى ، احتياطاً .

---

(١) سيأتى أن إخباره صدر عن إخبارها .

(٢) البقرة : ٢٢٨ - ﴿ والمطلقاتُ يتربصنَ بأنفسهنَّ ثلاثة قُروء ولا يحلُّ لهن أن يكتمن ما خلق اللهُ فى أرحامهن إنْ كُنَّ يؤمنَّ باللهِ واليوم الآخرِ وبُعولتهن أحقُّ بردِّهن فى ذلك إنْ أرادوا إصْلاحاً ... ﴾

الجواب :

أما قوله بأن الهوى والطبع يدعوانه إلى الكذب – قلنا : لا معارضة بين الهوى والطبع وبين العقل والدين ، لأن العقل والدين فى الدعاء إلى الصدق والصرف عن الكذب أحكم ، لأن الداعى إلى الصدق لذاته ، والداعى إلى الكذب ليس لذاته بل لما يتعلق به من النفع ، ويحتمل أن يتعلق النفع بالصدق ، فكان أرجح .

قوله : إخبارها صدر عن علم وولاية – قلنا : وخبر الزوج أيضاً صدر عن علم وولاية ، لأنه أخبر عن / إخبارها ، وله علم بأخبارها ، فيحتمل أنها أخبرته ثم نسيت أو أنكرت عمداً ، وكل من له علم بالشيء ، فله ولاية الإخبار عنه . ٢/٢٠

قوله : بأنها أمينة – قلنا : فى ماذا ؟ فى الإخبار عما فى رحمها ابتداء أو فى الإنكار أنها لم تخبر الزوج بذلك ؟ م ع . والكلام فى الإخبار عن إخبارها : أنها أخبرت أو لم تخبر ، وهى ليست بأمينة فى ذلك ؟ .

قوله : المُحرِّم يترجح على المُحِل – قلنا : لا نسلم . وهذا لأن الإحلال حكم الشرع كالتحريم ، وكما أن إحلال الحرام افتراء على الشرع ، فتحريم الحلال افتراء على الشرع – دل عليه أنه يجب العمل ههنا بخبر المرأة فى حق بقاء النفقة والسكنى وثبوت النسب ، عملاً بالدليلين بقدر الإمكان .

٢٥ ــ **مسألة** : الأب لا يملك إجبار البكر البالغة على النكاح .

والوجه – أن هذا الإنكاح صدر لا عن ولاية ، فلا ينفذ قياساً على إنكاح الثيب البالغة .

وإنما قلنا ذلك – لأن ولاية الإنكاح مقيدة بشرط كون التصرف نظراً ومصلحة فى حق المولى عليه ، لأن الولاية تثبت للأنظر فالأنظر ، وهذا الإنكاح لم يحصل على وجه نظر ، بدليل إقدامها على الرد مع عقلها وعلمها بمصالح نفسها .

فإن قيل : قولكم بأن ولاية الإنكاح مقيدة بشرط النظر - قلنا : لا نسلم .

وهذا على خلاف مذهب أبي حنيفة : فإن للأب والجد إذا زوجا صغيرة من غير كفء بأقل من مهر مثلها ، جاز ، ولا نظر فيه .

ولئن سلمنا أنه مقيد بشرط[١] النظر ، ولكن بحقيقة النظر أم بدليل النظر ؟ ع م . ولا يمكن تقييده بحقيقة النظر ، لأنه لا يوقف عليه ، فيؤدى إلى تعطيل الأحكام ، فيكون مقيداً بدليل النظر ، وهو موجود ههنا ، لصدوره عن كمال الشفقة والرأى .

ولئن سلمنا أنه مقيد بحقيقة النظر - ولكن لم قلتم بأنه لم يحصل على وجه النظر ؟ .

١/٢١ وأما إقدامها - قلنا : متى يدل على انعدام المصلحة : إذا كانت / عالمة بمصالح النكاح أم إذا لم تكن ؟ م ع . وهذا لأن العلم بمصالح النكاح ومفاسده يحصل بالتجربة والممارسة ، ولم يوجد منها .

ولئن سلمنا أنها عالمة بمصالح النكاح ، ولكن الأب كامل الرأى والعقل ، بخلاف المرأة ، فكان الترجيح لتصرفه .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن ولاية الإنكاح مقيدة بشرط النظر ؟ - قلنا : لأن الدليل ينفى ولاية الإنكاح ، لمكان الحرمة أو للضرر إلا إذا اشتمل على المصلحة .

وأما إذا زوجا[٢] صغيرة من غير كفء ، بأقل من المهر - إنما ينفذ عنده لاشتماله على وجه النظر والمصلحة ، لأن المصلحة كما تحصل من الكفء ، تحصل من غير الكفء فتزويجها من غير الكفء بأقل من المهر مع كمال الشفقة دليل على أن المصلحة فيه أكثر .

قوله : الحكم معلق بحقيقة المصلحة أم بدليلها ؟ قلنا : بحقيقة المصلحة الثابتة ، بناء

---

(١) فى الأصل هكذا : « ولان سلمنا أنه مقيد بشر النظر »

(٢) أى الأب والجد - راجع ما ما تقدم قبل سطور .

على الدليل ، فلا يؤدى إلى تعطيل الأحكام .

قوله : إقدامها على الرد إنما يدل على انعدام المصلحة ، إذا كانت عالمة بمصالح النكاح – قلنا : هى عالمة بمصالح النكاح على الإجمال ، وإن لم تعرف على التفصيل ، لأنها تعرف أن مصالح النكاح هى التوالد والتناسل والسكن[١] ، وذلك لا يحصل [إلا] بالدوام والثبات وحسن الأخلاق ، وذلك يكفى لعلمها بمصالح النكاح .

وأما ما ذكر من رأى الأب وعقله – قلنا : إن كان رأى الأب أكمل ، فشفقته أنقص . ورأى المرأة إن كان أنقص ، فشفقتها أكمل .

والله أعلم

٢٦ ــ **مسألة** : الأب والجد يملكان إجبار الثيب الصغيرة .

والوجه فيه – أنه إنكاح صدر عن ولاية التنفيذ ، فوجب أن ينفذ ، قياساً على إنكاح البكر الصغيرة .

وإنما قلنا ذلك – لأن حاجة الصغيرة ماسة إلى مصالح النكاح ، وهى عاجزة عن مباشرة النكاح / بنفسها فوجب أن تثبت الولاية تحصيلاً لمصالح النكاح . ٢/٢١

فإن قيل : قولكم بأن حاجة الصغيرة ماسة – قلنا : ولاية الإنكاح تثبت بمطلق الحاجة أم بالحاجة الضرورية ؟ ع م – فلم قلتم بأن تلك الضرورة موجودة ههنا ؟ .

بيانه – أن النكاح تصرف إضرار فى جانب الصغار ، لأن فيه إرقاقاً وتمليكاً واستفراشاً واستذلالاً . والدليل ينفى ذلك . إلا أنا تحملنا ذلك فى حق البكر لضرورة ، وهى ضرورة حصول العلم لها باللذة ، وهذه الضرورة منتفية ههنا .

ثم هذا معارض بما روى البخارى ومسلم فى صحيحيهما عن أبى هريرة أن رسول الله

---

(١) سيأتى بعد قليل : « والسكن » وهى هنا فى الأصل : « والمسكن » .

ﷺ قال : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر »[١] والأيم اسم للثيب[٢] .

ولهذا إذا أوصى لأيامى بنى فلان ، لا يدخل الأبكار فيهم .

الجواب :

قوله : الإنكاح تصرف إضرار فى جانبها - قلنا : لا نسلم .

وأما ما ذكر من الرق والملك وغير ذلك - فهو منقوض بإنكاح البكر الصغير .

ولئن سلمنا أن ذلك مؤثر فى إثبات الولاية ، ولكن الإنكاح طريق لدفع الحاجة إلى مصالح النكاح بعد البلوغ ، فيجب إثبات الحكم به .

وأما الحديث - قلنا : المراد منه المرأة البالغة التى لا زوج لها ، نقلاً عن أئمة اللغة[٣] .

والله أعلم .

٢٧ ـ **مسألة** : غير الأب والجد مثل الأخ والعم يثبت له إنكاح الصغيرة والصغير ، ولهما الخيار إذا بلغا .

والوجه فيه - أن الإنكاح صدر عن ولاية التنفيذ ، فوجب أن ينفذ قياساً على إنكاح الأب والجد .

---

(١) فى بلوغ المرام ، رقم ٨٣٤ ، ص ١٥١ : « وعن أبى هريرة رضى الله عنه أنَّ رسول الله ﷺ قال : « لا تنكح الأَيِّم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن » قالوا : يارسول الله : وكيف إذنها ؟ قال : « أن تسكت » متفق عليه - والأيم الثيب التى فارقت زوجها بطلاق أو موت . وفيه أيضاً : رقم ٨٣٥ ص ١٥١ ـ ١٥٢ : « وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تُستأمر وإذنها سكوتها » رواه مسلم . وفى لفظ : « ليس للولى مع الثيب أمر ، واليتيمة تُستأمر » رواه أبو داود والنسائى وصححه ابن حبان . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٩٢٢ ص ٩٩٠ ورقم ٩٢٣ ص ٩٩١ .

(٢ ـ ٣) الأَيِّم العَزَب ، رجلاً كان أو امرأة ، تزوج من قبل أو لم يتزوج : وهى أيمة أيضاً - المعجم الوسيط ومختار الصحاح .

وإنما قلنا ذلك – لأن الصغير والصغيرة محتاجان إلى مصالح النكاح عاجزان عن مباشرة النكاح بأنفسهما . والأخ أو العم يختص[1] بكمال الرأى والشفقة ، فوجب أن يثبت لهما الولاية تحصيلاً لمصالح النكاح ودفعاً لحاجتهما .

فإن قيل : / قولكم بأن الصغير والصغيرة يحتاجان إلى النكاح – قلنا : لا نسلم . ١/٢٢ وظاهر أنه ليس كذلك ، لأن الحاجة إلى النكاح لتحصيل المصالح المطلوبة من النكاح ، وهى قضاء الشهوة والتوالد والتناسل والسكن للازدواج ، وهذه المعانى لا تتحقق فى حق الصغير والصغيرة – غاية ما فى الباب أنهما يحتاجان إلى ذلك بعد البلوغ . ولكن الدليل ينفى ولاية الإنكاح ، لما فيه من الإضرار فى جانب الصغير بإيجاب المهر والنفقة ، وفى جانب الصغيرة بالرق والاستفراش ، والدليل ينفى ذلك ، إلا أنا تحملنا ذلك فى موضع يكون النكاح صيانة عن الزنا فى الحال وفيما عداه يتمسك بالدليل النافى ، بخلاف الأب والجد ، لأن الشرع لكمال شفقتهما ورأيهما أقام الحاجة بعد البلوغ مقام الحاجة فى الحال فى إثبات الولاية .

ولئن سلمنا أنهما محتاجان ، ولكن لم قلتم بأن الأخ والعم مختصان بكمال الشفقة والرأى ؟ وهذا لأن فى شفقتهما قصورا ، وذلك مما يمنع التصرف على وجه النظر ، فلا تثبت الولاية . ولأنا أجمعنا على أن الأخ والعم لا يثبت لهما ولاية التصرف فى مال الصغير والصغيرة ، ومعلوم أن أمر النفس أهم من أمر المال ، فانتفاء الولاية ههنا أولى .

ولئن سلمنا أن الأخ والعم يصلحان لإثبات الولاية ، ولكن متى تثبت الولاية لهما : إذا كان ههنا أنظر منهما أم إذا لم يكن ؟ م ع . وههنا أنظر منهما[2] وهو القاضى ، لاختصاصه بكمال العلم والديانة ، فلا تثبت لهما الولاية .

الجواب :

قوله : الصغير والصغيرة لا يحتاجان إلى مصالح النكاح فى الحال ، فلا يحتاجان إلى

---

(١) قد تقرأ « مختص » .

(٢) هذه العبارة « أم إذا .. منهما » وردت فى الهامش وقرأناها بصعوبة بالغة . ولعل المعنى مستقيم بدونها وإن كان بها أوضح .

النكاح - قلنا : إن كانا لا يحتاجان إلى هذه المصالح فى الحال ، ولكن يحتاجان إلى هذه المصالح بعد البلوغ كالزراعة والتجارة ، فإن الإنسان / يحتاج إلى الزراعة والتجارة فى الحال لتحصيل الزرع والربح فى الزمان الثانى - كذا ههنا - ولهذا يكفى لإثبات الولاية .

٢/٢١

قوله : الدليل ينفى ثبوت ولاية الإنكاح لما فيه من الإضرار بالجانبين - قلنا : لا نسلم . وما ذكر من الرق والمهر وغير ذلك خرج من أن يكون ضرراً ، لكونه وسيلة إلى هذه المصالح ، إما فى الحال أو بعد البلوغ ، فإن مصالح النكاح مطلوبة عقلاً وشرعاً .

وبه خرج الجواب عن السؤال الذى يليه .

قوله : بأن الأخ والعم قاصر شفقتهما - قلنا : قصور الشفقة لا يمنع الولاية ، فإن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص ، فيدار الحكم على أصل الشفقة ، ومظنته القرابة .

وأما التصرف فى المال - قلنا : إنما لا يملكان لتهمة الخيانة ، لأن شفقة الإنسان على نفسه أوفر من شفقته على أخته ، فلا تؤمن فيه الخيانة ، لأن التصرف فى المال يكثر وجوده ويتكرر ، أما ههنا لا تهمة ، لأن الأخ يتضرر بمصاهرة من لا يكافئه قريبه وأخوه .

وأما القاضى - قلنا : لا نسلم بأنه أنظر ، وبيانه - وهو أن الموجود فى حق الأخ داع طبع وهو شفقة القرابة ، وفى حق القاضى داع شرعى . والداعى الطبعى يترجح على الداعى الشرعى .

٢٨ ــ **مسألة** : خيار البلوغ يثبت للصغير والصغيرة إذا زوجهما غير الأب والجد - حتى لو بلغ[١] له أن يرفع الأمر إلى القاضى حتى يفسخ القاضى النكاح . وعند أبى يوسف يقع النكاح لازماً .

---

(١) أى الصغير أو الصغيرة . انظر : السمرقندى ، التحفة ، ١ : ٢٢٠ .

والوجه فيه - أن الإنكاح صدر لا عن ولاية الإلزام ، فلا يلزم ، قياساً على إنكاح الأجنبى .

وإنما قلنا ذلك - لأن الدليل ينفى ثبوت ولاية الإنكاح أصلاً ، إلا أنا توافقنا على ثبوت(١) ولاية العقد والنفاذ ، فبقيت ولاية الإلزام منتفية بالدليل النافى .

وإنما قلنا إن الدليل ينفى لأن الصغير حر ، والحرية تنفى ثبوت ولاية الغير عليه .

فإن قيل : ما ذكرتم من / الدليل إن دل على انتفاء اللزوم ، ولكن ههنا دليل آخر يأبى ذلك . وذلك لأن هذا تصرف يتصل به غرضه ومقصوده ، لأنه ممن هو مختص بكمال الرأى والشفقة ، وإنكاح شخص هذا حاله يفضى إلى المصالح المتعلقة به ظاهرا وغالبا ، فوجب القول بلزومه ، لأن فى حق الفسخ إبطال حق معصوم للغير ، وذلك لا يجوز . ١/٢٣

ولئن سلمنا أنه صدر لا عن ولاية الإلزام ، ولكن لم قلتم إن الدليل ينفى ولاية الإنكاح ؟ .

وأما الحرية - قلنا : لم قلتم إن الحرية تنافى النكاح حتى تنافى ولاية الإنكاح . وهذا لأن الحرية تنافى الرق والملك ، وليس فى النكاح ملك ورق فى المحل ، بل فى الفعل ، وذلك لا ينافى ملك النكاح .

ولئن سلمنا أن الحرية فى جانب الصغير تنفى ولاية الإلزام ، ولكن الحرية فى جانب التصرف تنفى ولاية فسخ تصرفه ، فوقع التعارض وصار هذا كما إذا زوجت الأم أو زوج القاضى ، فإنه يلزم ، مع أنهما مؤخران عن الأخ والعم .

الجواب :

قوله إن هذا تصرف يتصل به غرضه ومقصوده - قلنا : قطعاً أم على سبيل الاحتمال ؟ ع م . فلم قلتم بأنه يلزم ؟ وهذا لأن احتمال الخلل(٢) إذا كان قائماً ، كان

(١) كذا قرأناها لأنها غير واضحة .
(٢) الخلل : الفساد والضعف . يقال : فى رأيه خلل - المعجم الوسيط ومختار الصحاح .

احتمال الحاجة قائماً ، ونحن لا نثبت ولاية الفسخ إلا على تقدير الخلل فى المقاصد والحاجة إلى التدارك عند البلوغ .

قوله : بأن الفسخ إبطال حق الزوج - قلنا : بلى ، ولكنه إبطال حق غير لازم ، بل مشروط بالخيار ، كما فى خيار البيع ، فلا يمتنع .

قوله : لم قلتم إن الحرية تنافى الإنكاح ؟ قلنا : لأن الحرية تنفى ولاية التصرف على الحر من غير رضاه ، سواء كان له أو عليه .

قوله : لم قلتم بأن النكاح رق - قلنا : لقوله عليه السلام : « النكاح رق [١] فلينظر أحدكم أين يضع كريمته » . ولأن الرق فى اللغة عبارة عن ضعف حكمى / ، وقد وجد ذلك ، لكون المحل مقهوراً للغير .

٢/٢٣

قوله : الحرية فى جانب المتصرف تنفى ولاية الفسخ - قلنا : بلى إذا ثبت مطلقاً ، أما[٢] إذا ثبت مشروطاً بخيار الفسخ فلا .

وأما إنكاح الأم فعن أبى حنيفة روايتان . والأصح أنه لا يلزم .

وأما القاضى فعن أبى حنيفة روايتان أيضاً ، فلا يلزم[٣] .

٢٩ ـــ **مسألة** : النكاح بغير الولى ينعقد نافذاً .

والوجه فيه - أنها قصدت إيقاع التصرف مفيداً لملك النكاح ، والشرع جعلها بسبيل من ذلك ، والمحل قابل ، فوجب القول بالصحة - قياساً على ما إذا باعت[٤] عيناً من أعيان مالها .

(١) هنا فى الأصل « هـ » .

(٢) فى الأصل : « أم » .

(٣) « وأما القاضى ... فلا يلزم » وردت فى الهامش على سبيل التكملة لما فى المتن .

(٤) فى الأصل وردت بخط صغير جداً كلمة « ما » فوق « باعت » بحيث تقرأ « ما إذا ما باعت » والظاهر أن المعنى واضح بدون « ما » الزائدة .

وإنما قلنا إنها قصدت إيقاع التصرف مفيداً ، لدلالة القصد وهي الإتيان بالصيغة .

وإنما قلنا إن الشرع جعلها بسبيل من ذلك – لأن الشرع خصها بحالة لو أرادت إيقاعها مفيداً لملك النكاح ، يتأتى منها ذلك ، لأنها عاقلة مميزة عالمة بمصالح نفسها .

وإنما قلنا إن المحل هـ قابل – لأن محل النكاح نفسها ، ونفسها حقها ، وهى قابلة للنكاح ، فوجب القول بالصحة ، لأن الشرع إنما حكم بتصرفها مفيداً لملك اليمين ، لمساس حاجتها وتحصيل مصلحتها – هذا المعنى موجود هنا .

فإن قيل : قولكم بأنها قصدت إيقاع التصرف – قلنا : لا نسلم . وهذا لأن ثبوت القصد يقف على صحة القصد ، وصحة القصد تقف على العلم بما تقصد وكمال العقل ، وإنها ناقصة العقل ، لقوله عليه السلام : « إنهن ناقصات عقل ودين » ولهذا أقيم شهادة امرأتين مقام شهادة رجل واحد .

ولئن سلمنا أنها قصدت ، ولكن لم قلتم بأن الشرع جعلها بسبيل من ذلك ؟ .

وأما ما ذكر من الحاجة – قلنا : الداعى إلى إثبات ولاية الإنكاح : الداعى أم الضرورة ؟ ع م – ولكن لم قلتم بأن الضرورة موجودة ههنا ؟ .

بيانه – أن النكاح عقد شرعى مع المنافى ، لأن فيه ضرراً ، وما / هذا حاله يراعى فى إثباته الضرورة لا مطلق الحاجة ، ولا ضرورة ههنا ، لأن الضرورة تندفع بإنكاح الولى أو القاضى . ١/٢٤

ولئن سلمنا بأن الشرع جعلها بسبيل ، ولكن لم قلتم بأن محل التصرف حقها ، بل هو[1] حق الأولياء ، لأنا أجمعنا على أنها لو تزوجت من غير كفء يثبت للأولياء حق الفسخ ، فلا يكون حقها على الخلوص ، ولأن نفسها كما هى حقها فهى حق الشرع أيضاً ، بدليل أنها إذا وطئت بشبهة يجب العُقْر[2] حقا لها . وإذا وطئت بغير الشبهة

---

(١) فى الأصل : « هى » .

(٢) فى المعجم الوسيط : « العُقْر مهر المرأة إذا وطئت بشبهة » . وفى تعريفات الجرجانى : –

يجب الحد حقاً للشرع . فلو ملكت لا يخلو : أما أن تملك بالأصالة أو النيابة – لا وجه للأول ، لأن الأصل هو الشرع . ولا وجه للثانى ، لأنها لا تصلح نائبة عن الشرع ، ولهذا لا تصلح قاضية .

ثم هذا معارض بما روى أبو داود وأبو عيسى الترمذى فى صحيحيهما بإسنادهما عن أبى موسى وابن عباس وأبى هريرة وعمران بن حصين وأنس وعائشة قالوا : قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا بولى »[١] . وهكذا خرج أبو داود والترمذى وابن ماجة فى كتبهم عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل – فنكاحها باطل – فنكاحها باطل . فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له »[٢] . وكذا روى أبو هريرة : أن النبى ﷺ قال : « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هى التى تزوج نفسها »[٣] .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأنها قصدت – قلنا : لأن دليل القصد ثابت – على ما مر .

قوله : لم قلتم بأنها عالمة – قلنا : لأنها عاقلة .

قوله : بأن عقلها ناقص – قلنا : القدر الذى لها من العقل يكفى للوقوف على

= « مقدار أجرة الوطء لو كان الزنا حلالاً . وقيل مهر مثلها . وقيل فى الحرة عشر مهر مثلها إن كانت بكراً ونصف عشرها إن كانت ثيباً . وفى الأمة عشر قيمتها إن كانت بكراً ونصف عشرها إن كانت ثيباً » .

(١ – ٣) راجع رقم ٨٣٢ ص ١٥١ من بلوغ المرام .

ورقم ٨٣٣ ص ١٥١ من بلوغ المرام وفيه « فنكاحها باطل » مرة واحدة . واشتجروا أى اختلف أولياؤها فى زواجها وامتنعوا من العقد عليها .

ورقم ٨٣٦ ص ١٥٢ من بلوغ المرام وليس فيه : « فإن الزانية هى التى تزوج نفسها » . وانظر فى كل ذلك : الصنعانى ، سبل السلام ، ٣ ، أرقام : ٩٢٠ – ٩٢٤ ص ٩٨٧ – ٩٩٤ .

المعانى التى تقف عليها مقاصد النكاح، بدليل أنه يكفى / لمعرفة التوحيد والنبوات ، وإنها أغمض[١] من مصالح النكاح . ٢/٢٤

قوله : لم قلتم بأن الشرع جعلها بسبيل من ذلك - قلنا : لما ذكرنا من الحاجة .

قوله : المراعى فى هذا الباب الحاجة أو الضرورة ؟ قلنا : هذه معارضة فى صورة التقسيم ، لأن النكاح متى كان مشتملاً على المصالح ، وجب أن تكون هى بسبيل من تحصيلها .

قوله : لم قلتم بأن نفسها حقها - قلنا : لأن[٢] العوض وهو المهر حقها على الخلوص[٣] .

وأما إذا زوجت نفسها من غير كفء ، فلأن النكاح ، وإن كان تصرفاً فى حقها ، ولكنه يحتمل الضرر بالعشيرة بنسبة من لا يكافئهم ، فوجب عليهم دفع هذا الضرر .

وأما ما ذكر من حق الشرع لمكان الحد فى الزنا - قلنا : الحق على هذا التفسير ثابت أيضاً للشرع على الرجال . ومع هذا لا يمنع الولاية .

وأما قوله : إما أن تملك بالأصالة أو النيابة - قلنا : بالأصالة لما ذكرنا ، وهى الأصل فى هذا الباب[٤] .

وأما ما روى من الأحاديث فمطعون فيها من يحيى بن معين[٥] وأحمد بن حنبل[٦] .

---

(١) غمض خفى - المعجم الوسيط .

(٢) فى الأصل كذا : « لا » بدون النون .

(٣) خَلَصَ خُلُوصاً وخِلاصاً صفا وزال عنه شوبه - المعجم الوسيط .

(٤) « هذا الباب » وردت فى الهامش تصحيحاً .

(٥) فى الأصل : « بن معن » - انظر : المغنى فى الضعفاء ، ٢ : رقم ٧٠٥٦ ، ص ٤١٤ .

(٦) راجع فيما تقدم الهوامش ١ - ٣ من الصفحة السابقة . وابن رشد ، بداية المجتهد ، =

وإن لزموا به(١) فمعارض بقوله تعالى : ﴿ فلا تَعضلُوهنَّ أنْ يَنكحْنَ أزواجَهن ﴾(٢) أضاف النكاح إليهن . ومعارض بما روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : « الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها » أخرجه مسلم وأبو داود وأبو عيسى(٣) .

ولا يقال بأن المراد من إضافة النكاح إليهن فى الآية إذنهن بالنكاح ، لأنها إذا أذنت بالنكاح تكون ناكحة : إما بطريق المجاز ، كقولهم : بنى الأمير الدار ، وإما بطريق العرف ، فإنه يقال فى العرف « نكحت فلانة فلانا وإن أنكحها وليها - غاية ما فى الباب أنه خلاف الحقيقة ، ولكن يجوز حمله على المجاز إذا دل الدليل ، وقد دل الدليل ههنا ، وهو أنا لو حملناه على الحقيقة / يلزمنا ترك العمل بالأحاديث الصحيحة ، فنحمله على المجاز المستعمل ، عملاً بالدليلين بقدر الإمكان .

١/٢٥

وأما الحديث - فقوله : « الأيم أحق بنفسها من وليها » بمعنى أن الثيب الصغيرة لا يملك الولى إجبارها على النكاح وتكون أحق بنفسها فى رضاها لا فى التزويج ، فيكون حجة لنا عليكم فى مسألة الثيب الصغيرة ، إذ لو حملناه على التزويج يلزم من ذلك التناقض بين الأحاديث الصحيحة ، ويلزم أيضاً من ذلك ترك العمل بعموم الحديث ،

= ٢ : ٩ وما بعدها . وابن قدامة ، المغنى ، ٦ : ٤٤٩ وفيه أن حديث « لا نكاح إلا بولى » روته عائشة وأبو موسى وابن عباس - قال المروزى سألت أحمد ويحيى عن حديث « لا نكاح إلا بولى » فقالا صحيح . وأما الحديث الآخر : « أيما امرأة .. الخ » فرواه أحمد وأبو داود وغيرهما . فإن قيل فإن الزهرى رواه وقد أنكره - قال ابن خديج : سألت الزهرى عنه فلم يعرفه - قلنا له : لم يقل هذا عن ابن خديج غير ابن علية . كذلك قال الإمام أحمد ويحيى ، ولو ثبت هذا لم يكن حجة لأنه قد نقله ثقاة عنه فلو نسيه الزهرى لم يضره ... » .

(١) أى التزموه واحتجوا به - المعجم الوسيط ومختار الصحاح . وفى الأصل كذا : « لزمونه » .

(٢) البقرة : ٢٣٢ . وفى الأصل : « ولا » .

(٣) انظر بلوغ المرام ، رقم ٨٣٥ ص ١٥١ ـــ ١٥٢ . وأبو عيسى هو الترمذى (٢٧٥ هـ) .

لأن الأيم فى اللغة تتناول الثيب الصغيرة التى لا زوج لها والثيب الكبيرة التى لا زوج لها ، وبالإجماع الثيب الصغيرة لا تملك تزويج نفسها . غاية ما فى الباب أنا لو حملناه على ما ذكرنا يلزم من ذلك التقييد ، ولكن لو حملناه على ما ذكرتم يلزم منه التخصيص والتناقض ، فلم كان ما ذكرتم أولى مما ذكرنا ؟ لأنا نقول الترجيح معنا ، لأن ما تلونا كتاب مؤيد بالحديث الصحيح وبالمعقول ، فلا يعارضه ما ذكرتم .

٣٠ ـــ **مسألة** : المصابة بالفجور لا تستنطق .

والوجه فيه – أن النكاح عقد مصلحة فى حقها ، فوجب أن لا يتوقف نفاذه على نطقها ، قياساً على ما إذا زالت بكارتها بالوثبة والحيصة(١) .

وإنما قلنا ذلك – لأن النكاح مشتمل على مصلحة التوالد والتناسل وقضاء الشهوة والنفقة وغيرها . فلو توقف على نطقها فاتت عنها هذه المصلحة ، لأنها تمتنع من النطق ظاهراً أو غالباً ، لمكان الحياء .

فإن قيل : قولكم : لو توقف النكاح على نطقها لفوت عنها مصالح النكاح – قلنا : لا نسلم .

قوله : لأنها تمتنع عن النطق حياء من إظهار الرغبة إلى الرجال – قلنا : متى تمتنع عن النطق : إذا كان فى النطق مصلحة أم إذا لم يكن ؟ / ع م . ٢/٢٥

بيانه – وهو أن النطق إن كان فيه عيب لمكان الوَقَاح(٢) ، ولكن اشتمال النكاح على ما ذكرتم مِن المصالح يحملها(٣) على النطق .

(١) حَاصَ القوم جالوا جولة يطلبون الفرار والمهرب – المعجم الوسيط . ويبعد أن تكون « والحيضة » لأنه فى الغالب لا يترتب عليها زوال البكارة . ولعل المقصود « الانزعاج » أو « الخضة » كما نقول .

(٢) وَقُح الرجلُ قل حياؤه واجترأ على اقتراف القبائح ولم يعبأ بها فهو وَقِيح ووقَاح وهى وقَاح وكذا وقِح فهو وَقِح وهى وقِحه – المعجم الوسيط .

(٣) كذا فى الأصل : « نحملها » ولعل الصح : « يحملها » .

ولئن سلمنا أن فى النطق إظهار الرغبة إلى الرجال ، ولكن متى يكون عيباً : إذا كان بطريق مشروع أم إذا لم يكن ؟ ع م - وهذا لأن الرغبة إلى الرجال بطريق النكاح مباح شرعاً ، فالظاهر أنها لا تمتنع من النطق تحصيلاً لمصالح النكاح ، فكان مقتضى ما ذكرنا فى البكر هكذا[١] ، إلا أن الشرع جعل سكوتها رضاها رفقا بها ، أما هذه [فـ] لا تستحق الرفق لمكان الفجور .

ولئن سلمنا أنها تمتنع عن النطق ، ولكن مثل امتناع البكر أم دونه ؟ ع م . وهذا لأنه وجدت منها مخالطة الرجال ، فلا تمتنع مثل امتناع البكر ، فلا تفوت مصالح النكاح .

ولئن سلمنا بأنه تفوت مصالح النكاح ، ولكن جبرا أم باختيارها ؟ ع م . وهذا لأن الشرع جعل النطق طريقاً فى حقها لاستيفاء مصالح النكاح ، والسكوت طريقاً للامتناع[٢] . فإن أرادت استيفاء مصالح النكاح تحملت هذا[٣] المكروه وإلا فلا .

ثم معارض بقوله عليه السلام : « الثيب تعرب عن نفسها »[٤] وهذه ثيب ، ولهذا : لو أوصى لثيب بنى فلان تدخل هى فى الوصية ، ولو أوصى لأبكارها لا تدخل .

الجواب :

قوله : لا تمتنع عن النطق لما فيه من مصالح النكاح - قلنا : مصالح النكاح لا تصلح معارضة للحياء ، بدليل فصل البكر : فإنها تمتنع مع ما ذكرتم ، وحياء هذه أشد من حياء البكر ، لأن فى نطق هذه إظهار الرغبة إلى الرجال فى المستقبل وإلى الرجل الماضى ، فكان امتناعها أشد .

---

(١) فى الأصل كذا : « هكذى » .

(٢) فى الأصل « الامتناع » .

(٣) فى الأصل تشبه : « هذه » .

(٤) راجع فيما تقدم الهوامش ١ - ٣ ص ٦٨ و ٦ ص ٦٩ - ٧٠ و ٣ ص ٧٠

وبه خرج الجواب / عن السؤال الثانى والثالث ، لأنا بينا أن امتناعها من النطق أشد من امتناع البكر . ١/٢٦

قوله : مصالح النكاح تفوت باختيارها أو لا باختيارها - قلنا : باختيارها ، ولكن اختيارها لا يدل على رضاها بالضرر ، لأن رضاها أمر خفى لا يمكن الوقوف عليه ، وسكوتها يحتمل(١) أنها سكتت تحرزاً عن إظهار الرغبة إلى الرجال وحياء عن ما صدر منها - كما ذكرنا .

وأما الحديث - قلنا : خصت منه الأَمَة والصبية العاقلة والمجنونة ، فتخص هذا .

٣١ ــ **مسألة** : أحد الأولياء إذا زوج وليته من غير كفء برضاها ، يلزم العقد ، ولا يكون للباقين حق الاعتراض .

والوجه فيه - أن إنكاح الولى وليته برضاها من غير كفء دل على تعلق مصلحة بالنكاح على وجه لا يتم استيفاؤها إلا به ، فوجب القضاء بلزوم العقد ، قياساً على ما إذا زوجها من كفء .

وإنما قلنا ذلك - لأن إقدامه على الإنكاح من غير كفء وجد الصارف عنه ، وهو لحوق الضرر بنسبة من لا يكافئهم بالصهرية . وإذا وجد الصارف فالظاهر أنه لا يقدم عليه إلا لتحصيل مصلحة لا يتم إلا به ، لأن المصلحة لو أمكن استيفاؤها بدون تحمل الضرر ، لما تحمل الضرر .

فإن قيل : إقدامه على الإنكاح إن كان يدل على تعلق المصلحة بالنكاح ، فإباء الباقين يدل على عدم التعلق ، فوقع التعارض ، فلم يثبت التعلق .

ولئن سلمنا أن إقدامه يدل على تعلق المصلحة ، ولكن مصلحة ترجع إلى المرأة وإلى هذا الولى أم مصلحة ترجع إلى سائر الأولياء ؟ م ع . ونحن لا نثبت حق الفسخ

---

(١) فى الأصل : « يحتمل يحتمل » أى أن الكلمة مكررة فيه .

لحقها ، بل لحقهم جميعاً . وصار هذا كما إذا زوجت نفسها من غير كفء ، فإنه يثبت للأولياء حق الفسخ والاعتراض ، لما / ذكرنا - كذلك ههنا . ٢/٢٦

الجواب :

أما إباء الباقين فلا يصلح معارضاً ، لأن النفع للمرأة فى النكاح أبلغ ، لأن نفعها فى النكاح راجع إلى مصلحة البقاء من التوالد والتناسل والسكن والازدواج ، فإن الولد يتعلق به بقاء المرء(١) وإنه يحتاج إلى شفيق يقوم بتصرفه لدفع القاصد عنه ، فيحتاج إلى الولد ليدفع الهلاك عنه ، فكانت مصلحتها البقاء ومصلحة الأولياء مصلحة زائدة ، فكانـ [ـت] مصلحتها راجحة ، لأن مصلحة البقاء مما لا يختلف أحوال العقلاء فيه ، وهذه المصلحة تختلف باختلاف الناس ، فكان تحمل ضرر الأولياء لدفع هذا الضرر أولى من القلب(٢) والعكس .

وبه خرج الجواب عن السؤال الذى يليه ، لأن العقد ثابت ، وقد وقع الشك فى دفعه ، فلا يرتفع بالشك . بخلاف ما إذا زوجت نفسها من غير كفء ، لأن عقلها وحدها دون عقل الرجل ، فإن المصلحة هناك فى النكاح وإن كانت مصلحة البقاء ، لكنها عرفت(٣) برأى النساء دون الرجال ، فيترجح ضرر الأولياء ، أما ههنا [فـ] بخلافه(٤) .

---

(١) فى الأصل كذا : « بها بقا المر » .

(٢) قَلَب الشيءَ قلْباً جعل أعلاه أسفله أو يمينه شماله أو باطنه ظاهره .

انظر السمرقندى ، ميزان الأصول ، ٧٧١ - ٧٧٢ ففيه مختصراً : « وأما المعارضة التى فيها مناقضة فهى القلب وهو نوعان : أحدهما - أن يجعل العلة معلولاً والمعلول علة كقولنا فى الثيب الصغيرة إنه يولى عليها فى مالها فيولى عليها فى نفسها كما فى البكر الصغيرة -والثانى أن يكون الوصف شاهدا عليك فقلبته وجعلته شاهداً لك وكان ظهره إليك فصار وجهه إليك ... » وانظر فى بيان ذلك بالتفصيل : المقدمة (رابعاً) ص ٥٥ .

(٣) فى الأصل كذا : « لكنه عرف » .

(٤) فى الهامش أمامها كلمة يظهر أنها « قوبل » فتكون العبارة إذن : « قوبل بخلافه » .

٣٢ ـــ **مسألة** : أقرب الأولياء إذا غاب غيبة منقطعة ، تثبت للأبعد ولاية التزويج .

والوجه فيه – أن النكاح عقد مصلحة فى حقها ، فوجب أن لا يتوقف نفاذه على حضور الأقرب ، قياساً على الولى الأقرب .

وإنما قلنا إن النكاح عقد مصلحة – لما فيه من مصلحة التوالد وغيره ، فلو توقف على حضور الأقرب تفوت هذه المصالح ، فى هذا الزمان ، عنها ، وإنه ضرر .

فإن قيل : قولكم بأن النكاح لو توقف على حضور الأقرب ، تفوت هذه المصالح فى هذا الزمان – قلنا : هذا أولا يشكل بما إذا نام الأقرب أو أغمى عليه / ، فإنه لا تثبت الولاية للأبعد ، لما ذكرنا – كذلك ههنا .

١/٢٧

ولئن سلمنا أنه تفوت هذه المصالح ، ولكن إلى مصلحة فوقها ، وهو إنكاح الأقرب ، لما فيه من زيادة النظر .

ولئن سلمنا أن إنكاح الأقرب متعذر ، ولكن متى تفوت هذه المصلحة : إذا أمكن تحصيلها بغير الأبعد أم إذا لم يمكن ؟ ع م . وقد أمكن تحصيلها بغير الأبعد ، وهو القاضى ، فلا حاجة إلى الأبعد .

الجواب :

أما إذا نام الأقرب أو أغمى عليه – فنقول : زوال النوم والإغماء غالب ، والانتظار إلى زوالهما من الخاطب غالب ، أما ههنا [فـ] بخلافه .

وأما قوله بأنه يفوت إلى مصلحة فوقها ، وهو إنكاح الأقرب – قلنا : بلى ، ولكن ضرر فوات الكفء الحاضر أكثر وأولى بالدفع ، فلا يصلح ذلك معارضاً .

وأما القاضى – قلنا : إقامة الأبعد مقام الأقرب أولى من إقامة القاضى ، لأنه أشفق وأعلم بحالها .

والله أعلم .

٣٣ ـــ **مسألة** : المولى يملك إجبار عبده على النكاح .

والوجه فيه – أن ملك العبد إنما شرع للانتفاع به ، فوجب أن يكون بسبيل من استيفائه ، تحصيلاً لمصلحة الانتفاع ، والإنكاح طريق للاستيفاء ، فوجب أن يجوز ، قياسا على إنكاح الأمة .

وإنما قلنا : إن ملك العبد إنما شرع للانتفاع به ، فلمكان المناسبة .

وإنما قلنا : إنه يجب أن يكون بسبيل من استيفائه ، لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا باستيفائه .

وإنما قلنا إن الإنكاح طريق الاستيفاء ، وذلك لأن الاستيفاء إنما يكون بالصيانة له عن أسباب الهلاك ، لأن الشيء متى صين عن أسباب الهلاك ، يبقى ظاهراً وغالباً . / ٢/٢٧ والنكاح طريق الصيانة عن أسباب الهلاك أو النقصان ، لأن الشهوة المركبة فى العبد تدعوه إلى قضاء الشهوة ، فإذا لم يجد الحلال فربما يقع فى الحرام وهو الزنا ، وإنه سبب الهلاك فى الدنيا والآخرة أو سبب لنقصان مالية العبد ، لإقامة الحد عليه ، فكان النكاح صائناً له فكان استيفاء .

فإن قيل : قولكم بأن الزنا سبب الهلاك أو النقصان – قلنا : لا نسلم . وهذا لأن زنا العبد لا يوجب الرجم ، بل يوجب نصف جلدات الأحرار ، وبهذا لا يهلك العبد ولا ينتقص ماليته ، حتى لو اشترى عبدا فوجده زانياً لم يرده بالعيب . وكذلك المولى لا يملك إقامة الحد على مملوكه عندكم ، ولو كان الزنا سبب الهلاك للملك صيانةً لملكه .

ولئن سلمنا أن الزنا سبب الهلاك ، ولكن لم قلتم بأن النكاح طريق الصيانة ، وإنما يكون طريق الصيانة إذا أقدم على وطئها ، وأنه قد أقدم على رد هذا النكاح – فدل أنه لا يرضاها فلا يطؤها ، فلا يقع صوناً له .

ولئن سلمنا أن النكاح طريق الصيانة ، ولكن صيانة الملك أمر شرع النكاح له أم لا ؟ ع م . وهذا لأن النكاح شرع للسكن والازدواج وقضاء الشهوة والتوالد ، لا لتحصين المال ، فلا يثبت ولاية الإنكاح لهذا الغرض .

ولئن سلمنا أنه يجوز إثبات الولاية لتحصيل غرض لم يشرع النكاح له ، ولكن لم قلتم بأنه أمكن تحصيل هذا الغرض ، وهذا لأن العبد داخل تحت ملك المولى من حيث إنه مال ، لا من حيث إنه آدمي . ولهذا لا يملك المولى منعه من الفرائض ، ولو أقر على نفسه بالحدود والقصاص يصح . ولو أقر المولى عليه لا يصح ، والنكاح تصرف يختص بالآدمية لا بالمالية ، ولأن منافع النكاح للعبد / ومضاره عليه ، والمرء لا يتمكن من صيانة ملكه لإثبات الحكم على غير المالك ولغير المالك ، بخلاف إنكاح الأمة ، ولأن الإنكاح ينافي مملوكية العبد ، لأن فيه إثبات الولاية للعبد ، وصار هذا كإنكاح المكاتب ، فإنه لا يملكه مع ما ذكرتم . ١/٢٨

الجواب :

أما قوله بأن زنا العبد لا يوجب الرجم – قلنا : بلى ، ولكن إذا لم يشبع من الحلال يعتاد الزنا ، وإنه عيب ، حتى لو اشترى عبداً فوجده معتادا للزنا ، فله أن يرده بالعيب . وكذا إقامة الحد عيب ، حتى لو اشترى عبداً قد زنى وأقيم عليه الحد ، له أن يرده بالعيب . فثبت أن الزنا سبب لنقصان الملك ، والنكاح طريق للصيانة ، فيملكه المولى .

وإنما لا يملك إقامة الحد على مملوكه ، لأن شفقته على ملكه تمنعه من إقامة الحد على وجهه ، أما ههنا بخلافه .

وأما إباء العبد ورده للنكاح – قلنا : الشهوة المركبة فيه تدعوه إلى قضائها خصوصاً إذا وجد بطريق الحلال ، وإباؤه يحتمل[١] أنه أقدم لعدم الموافقة أو لرجاء الوصول إلى امرأة خير منها أو خوفاً من المهر والنفقة ، والمحتمل لا يعارض المحكم .

قوله : صيانة الملك أمر شرع له النكاح أم لا ؟ قلنا : شرع له نكاح العبيد إن لم يشرع له نكاح الأحرار ، لأنه مناسب ، والشرع ورد به في الأَمَة ، والغرض من إدخاله تحت ولاية المولى هو صيانة الملك كما في الأمة .

---

(١) في الأصل : « يحتمل يحتمل » .

قوله بأن العبد داخل تحت ملك المولى من حيث إنه مال ، لا من حيث إنه آدمي - قلنا : بعض العلماء قالوا : العبد داخل تحت ملك المولى مطلقا بالنص ، وهو قوله تعالى : ﴿ عَبْداً مَمْلوكاً لا يَقْدِرُ على شَيءٍ ﴾[١] ولكنا نقول : العبد داخل تحت / ملك المولى من حيث إنه مال ، ولكن لا تحصل المالية إلا بالصيانة ، والنكاح من أسباب الصيانة ، فيتمكن المولى من ذلك ، كما فى الأمة .

٢/٢٨

قوله : بأن ملك المحل يفيد[٢] ولاية الصيانة بتصرف يثبت حكمه للمالك وعليه - قلنا : عنه جوابان : أحدهما - أن ملك المحل يفيد ولاية الصيانة بأى طريق يتمكن منه استيفاء لملكه . والثانى - وهو أن إنكاح العبد يفيد حكما للمولى وعلى المولى : أما له فصيانة ملكه ، وأما عليه فشغل رقبة العبد بالمهر والنفقة .

قوله بأن الملك يفيد تصرفاً يقرر المملوكية ، والإنكاح ينافى مملوكية العبد - قلنا : بلى . وإنه يقرر مملوكية العبد من حيث إنه مجبور فى ذلك ، والمولى باشر هذا التصرف من غير رضاه ، صيانة لملكه ، كما فى الأمة .

والله أعلم .

٣٤ ــ **مسألة** : العجز عن الإنفاق لا يوجب حق المطالبة بالتفريق .

والوجه فيه - أن العجز عن الإنفاق لا يخل بالمصالح المطلوبة من النكاح - فلا يوجب حق المطالبة بالتفريق ، قياساً على العجز عن المهر بعد تسليم النفس .

وإنما قلنا ذلك - لأن المصالح المطلوبة من النكاح هى التوالد والتناسل وقضاء الشهوة والسكن والازدواج ، وهذه المصالح لا تختل بالعجز عن الإنفاق ، لأن ذلك يبتنى على إمكان الوطء ، والعجز عن الإنفاق لا يخل بإمكان الوطء .

---

(١) النحل : ٧٥ - ﴿ ضَرَبَ الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدرُ على شيءٍ .. ﴾ .

(٢) هذه الكلمة غير واضحة هنا وسترد فيما بعد واضحة .

فإن قيل : قولكم بأن المصالح المطلوبة من النكاح هي التوالد وغيره - قلنا : هذه كل المصالح أم بعضها ؟ ع م - وهذا لأن المهر والنفقة مقصود للمرأة من النكاح لحاجتها إليها ، وعجزها عن الكسب ، والعجز يخل بهذا المقصود .

ولئن سلمنا أنها كل المصالح ، ولكن لم قلتم بأنها لا تختل بالعجز ؟ - بيانه : أن هذه المصالح[١] إنما تحصل بالدوام على النكاح والتمكين / من الوطء وذلك بالبقاء ، والبقاء بالنفقة . فإذا عجز عن ذلك يختل البقاء فيختل المقصود .

١/٢٩

ولئن سلمنا أن العجز عن الإنفاق لا يخل بهذه المصالح ، ولكن النفقة مستحقة بعقد النكاح بالإجماع ، والعجز عن المستحق يوجب المطالبة بالتفريق .

ولئن سلمنا أن العجز عن الإنفاق لا يخل بالمصالح ولكن[٢] لم قلتم بأنه لا يثبت حق المطالبة ؟ غاية ما في الباب أن فيه إبطال حق الزواج وإنه ضرر ، ولكن في المنع من الإبطال إضرار بالمرأة[٣] ، وصار هذا كما إذا عجز المولى عن الإنفاق على عبده الصغير أو أمته : يجبر على البيع . وإن عجز البائع عن تسليم المبيع يثبت للمشتري حق الفسخ .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ فإمساكٌ بمعروفٍ أو تسريحٌ بإحسانٍ ﴾[٤] وقد تعذر أحدهما فيتعين الآخر .

الجواب :

قوله : هذه كل المصالح أم بعضها ؟ قلنا : كل المقاصد المطلوبة من النكاح ، لأن المقصود الأصلي بالنكاح مالا وجود للنكاح بدونه ، ولا وجود للنكاح بدون هذه المصالح ، وله وجود بدون النفقة ابتداء وبقاء .

---

(١) في الأصل كذا : « المصالحه » .

(٢) في الأصل كذا : « ولىن » . والصحيح ما أثبتناه في المتن ، استرشاداً بما درج عليه المؤلف في المواضع الأخرى المشابهة .

(٣) في الأصل كذا : « بالمره » .

(٤) البقرة : ٢٢٩ - ﴿ الطلاقُ مرّتان فإمساكٌ بمعروفٍ أو تسريحٌ بإحسانٍ ... ﴾

قوله : بأن البقاء بالنفقة – قلنا : بلى ، والقدرة على النفقة حاصلة فى الجملة ، لأنه يمكنها أن ترفع الأمر إلى القاضى حتى يفرض النفقة على الزوج أو تستقرض هى عليه ، فيحصل البقاء .

قوله : النفقة مستحقة بعقد النكاح – قلنا : بلى ، ولكن القدرة عليها حاصلة فى الجملة ، كما بينا . وإن لم تكن حاصلة فى الحال ، فلا توجب إبطال حق الزوج .

قوله بأن ضرر الزوج معارض بضرر المرأة – قلنا : لا يعارضه ، لأن ضررها يمكن تداركه فى الثانى ، بأن يكتسب الزوج أو يستقرض ، وحق الزوج يفوت أصلاً ، فكان الترجيح لضرر الزوج .

٢/٢٩ وأما نفقة المملوك فلا ترد نقضاً[١] / ، لأن نفقة المملوك لا تصير ديناً فى ذمة المالك ، وفى الجبر على البيع تفويت حق المالك إلى عوض – أما ههنا بخلافه .

وأما مسألة الشراء – قلنا : ثم فات كل المقصود بالعقد وهو المبيع[٢] – أما ههنا بخلافه ، لما ذكرنا .

وأما النص – قلنا : الجواب عن الاستدلال به من وجهين .

أحدهما – لا نسلم أنه عجز عن الإمساك بالمعروف ، لأن الإمساك بالمعروف كما يكون بإيفاء حقها فى الحال ، يكون بالوعد باللسان كما فى الإيلاء[٣] .

---

(١) فى الهامش وردت كلمة تشبه أن تكون « نقضاً » ولم يشر إلى موضعها . ونونها غير ظاهرة – قال الجرجانى فى تعريفاته : « النقض لغة هو الكسر ، وفى الاصطلاح هو بيان تخلف الحكم المدعى ثبوته أو نفيه عن دليل المعلل الدال عليه فى بعض من الصور فإن وقع بمنع شيء من مقدمات الدليل على الإجمال ، سمى « نقضاً إجمالياً » لأن حاصله يرجع إلى منع شيء من مقدمات الدليل على الإجمال . وإن وقع بالمنع المجرد أو مع السند سمى « نقضاً تفصيلياً » لأنه منع مقدمة معينة » وقال أيضا : « النقض وجود العلة بلا حكم » . وانظر : السمرقندى ، الميزان ، ص ٧٧٠ .

(٢) فى الأصل : « البيع » .

(٣) راجع : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٣٠٥ وما بعدها .

والثانى – سلمنا أنه عجز عن الإمساك بالمعروف ، ولكن إنما يجب عليه التسريح بالإحسان إذا قدر عليه ، ولم يقدر عليه ، لأن التسريح بالإحسان بإيفاء المهر والنفقة ، وهو عاجز عنهما .

والله أعلم .

٣٥ ــ مسألة : إذا سُبى[١] الزوجان معاً ، لا تقع الفرقة بينهما .

والوجه فيه – أن ملك النكاح لو زال بالسَّبى لا يخلو : إما أن يكون الزوال حكماً للسَّبى قصداً وابتداء ، أو بناء عليه .

لا وجه للأول – لأن الحكم المقصود بالسبى هو ثبوت الملك للسابى ، لا زوال ملك النكاح .

ولا وجه للثانى – لأن زوال ملك النكاح ليس من لوازم الحكم الأصلى للسبى ، بدليل أنها لو كانت منكوحة لمسلم أو ذمى لا يزول ملك النكاح .

فإن قيل : قولكم إن ملك النكاح لو زال بالسبى لا يخلو : إما أن يزول حكماً للسبى قصداً وابتداء ، أو بناء – قلنا : لم قلتم بأنه لا يزول حكما للسبى قصداً ؟ وهذا لأن السبى ينبىء عن الأسر والاسترقاق ، وذلك ينبىء عن الضعف والعجز ، وملك النكاح عبارة عن القدرة والقوة ، فإثبات الضعف يكون مقتضى السبى مقصوداً .

ولئن سلمنا أن ملك النكاح لا يزول بالسبى قصداً وابتداء – [فـ] لم قلتم بأنه لا يزول بناء ؟ .

قوله : ليس ذلك من لوازمه – قلنا : لا نسلم .

١/٣٠ وأما ما ذكر من نكاح المسلم والذمى / – قلنا : امتنع ثبوته ثمة لمانع ، وهو عصمة ملك المسلم والذمى ، أما ههنا بخلافه .

---

(١) السَّبْى والسِّباء الأسر وقد سبيتُ العدوَّ أسرْتُه – مختار الصحاح .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أن ملك النكاح لا يزول ، ولكن هنا دليل آخر يأبى ذلك ، وذلك لأن ملك الرقبة ثبت بالسبى ، ومن لوازم ملك الرقبة ولاية الإنكاح ممن شاء ، ولا يملك ذلك إلا بزوال ملك النكاح . ولأن ملك الرقبة علة لملك المتعة . وإذا ثبت ملك المتعة للسابى يزول ملك الزوج ، لاستحالة ثبوته للشخصين فى حالة واحدة ، وصار كما إذا سبيت المرأة وحدها ، وكما لو سبى منكوحة نفسه ، فإنه يزول ملك النكاح .

ثم هذا معارض بما روى أبو سعيد الخدرى قال : لما سَبَى رسول الله ﷺ أهل أوطاس قلنا : يارسول الله كيف نقع على نساء قد عرفنا أنسابهن وأزواجهن ؟ فنزل قوله تعالى : ﴿ والمحصناتُ من النساءِ إلّا ما مَلَكتْ أيمانُكم ﴾(١) وكان فى سَبْى أوطاس(٢) خلق وقع السبى عليهم مع نسائهم ونادى منادى رسول الله ﷺ : « ألا لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل(٣) حتى تحيض » - فأباح وطأهن بعد الاستبراء لانفساخ نكاحهن .

الجواب :

قوله بأن السبى ينبىء عن الأسر والاسترقاق - قلنا : بلى ، ولكن بطريق الضرورة ، لأن الدليل ينفى الاسترقاق ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ، والضرورة فى حق ثبوت الملك لا فى غيره .

---

(١) النساء : ٢٣ - ٢٤ : ﴿ حُرِّمتْ عليكم أمهاتُكم وبناتُكم ... والمحصناتُ من النساءِ إلّا ما ملكتْ أيمانُكم كتابَ الله عليكم وأُحل لكم ما وراءَ ذلكم أنْ تبتغوا بأموالكم مُحصنين .... الخ ﴾ .

(٢ - ٣) عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين جيشاً إلى أوطاس فلقوا عدوهم فقاتلوهم فظهروا عليهم وأصابوا لهم سبايا - انظر الشوكانى ، فتح القدير ، ١ : ٤٥٤ فى تفسير قوله تعالى : ﴿ والمحصناتُ فى النساءِ إلا ما ملكتْ أيمانُكم - الآية ﴾ . وابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٩٥٩ ص ١٧٣ - ١٧٤ . والصنعانى ، سبل السلام ، رقم ١٠٥٤ ص ١١٤٥ - ١١٤٧ . وفيه أن أوطاس اسم فى ديار هوازن وهو موضع حرب حنين . وقيل : وادى أوطاس غير وادى حنين . والحائل كل أنثى لا تحبل - المعجم الوسيط .

وأما قوله : لم يزول بناء – قلنا : لما ذكرنا من الحكم .

قوله : امتنع ثبوته ثمة لمانع وهو العصمة – قلنا : ملك نكاح المسلم وإن كان معصوماً ، ولكنه يقبل الزوال بأسباب نحو الطلاق وغيره . فلو كان زوال ملك النكاح من لوازم حكم السبى ، لزال وما صار [ت] عصمة الزوج مانعة – ألا ترى أن ملك المسلم فى العبد المشترك معصوم ، ومع هذا يزول بإعتاق / الشريك[١] ، ومتى لم يزل علم أنه ليس من لوازمه .

٢/٣٠

قوله : من لوازم ملك الرقبة ولاية الإنكاح – قلنا : ولاية الإنكاح إنما تثبت صيانة للملك على ما مر ، ولا حاجة ههنا إلى الصيانة ، لكونه مصوناً بالنكاح .

قوله : ملك الرقبة علة لملك المتعة – قلنا : نعم إذا كان المحل قابلاً ، أما[٢] إذا لم يكن قابلاً فلا – ألا ترى أن ملك الرقبة ثابت فى العبد ، ولا يثبت ملك المتعة . وكذا لو اشترى منكوحة غيره من مولاها ، يثبت ملك الرقبة ولا يثبت ملك المتعة لقيام المانع – كذا ههنا .

وأما إذا سُبيت المرأة وحدها ، تقع الفرقة بتباين الدارين ، وخرج النكاح من أن يكون مفيداً .

---

(١) قال السمرقندى فى التحفة ، ٢ : ٣٨٨ – ٣٩٠ : « .. الإعتاق بين الشريكين أو الشركاء . والأصل فيه أن الإعتاق يتجزأ عند أبى حنيفة رحمه الله . وعن أبى يوسف ومحمد : لا يتجزأ . وقال الشافعى : فى حالة اليسار لا يتجزأ وفى حالة الإعسار يتجزأ . فيخرج المسائل على هذا :

ـــ إذا أعتق الرجل عبدا بينه وبين شريكه : عتق نصيبه لا غير ، سواء كان موسراً أو معسراً ، ولشريك المعتق خمس خيارات : إن شاء أعتق نصيبه ، وإن شاء دبره ، وإن شاء كاتبه ، وإن شاء استسعاه . وإن شاء ضمن المعتق إن كان موسراً ...

وقال الشافعى : إن كان المعتق موسراً : يعتق كله وله أن يضمنه . وإن كان معسراً : يعتق ما أعتق ويبقى الباقى رقيقاً . ويجوز فيه جميع التصرفات المزيلة للملك فى نصيبه » .

(٢) فى الأصل : « أم » .

وأما إذا سبى منكوحته [فـ] إنما يرتفع النكاح ، لأن بين ملك النكاح وملك اليمين لشخص واحد تنافٍ فى الأحكام ، لا بعلة السبى - دل عليه أنه لو اشترى منكوحة نفسه تقع الفرقة ، ولو اشترى الزوجين معاً لا تقع الفرقة ، لما ذكرنا - كذا هنا .

وأما الآية - [فـ] عام خص منها البعض ، وهو ما إذا سبيت وزوجها مسلم أو ذمى ، وسبايا أوطاس سبين وحدهن[١] ، لأن الرجال كانوا خرجوا للقتال وخلفوا النساء والذرارى فى الحصن ، فانهزم المحاربون واستولى رسول الله ﷺ على الحصن .

٣٦ ــ **مسألة** : المنكوحة لا ترد بالعيوب الخمسة وهى الرَّتَق[٢] والقَرَن[٣] والبَرَص[٤] والجذام[٥] والجنون .

والوجه فيه - أن حق الرد وإعادة المهر إلى ملك الزوج لو ثبت لا يخلو : إما[٦] أن يثبت ابتداء أو بناء على استدراك الخلل المتمكن فى المستحق بهذا العقد عوضاً عن المهر .

لا وجه للأول - لأن فيه إبطال حق المرأة عن المهر وإنه ضرر بها .

ولا وجه للثانى - لأن سلامة العوض تقف على إمكان استيفاء العوض ، لا على استيفاء حقيقته ، لأن ذلك يتعلق باختيار العاقد وقد يختار وقد لا / يختار ، كما فى البيع ١/٣١

(١) فى الأصل : « وحدها » - راجع فيما تقدم الهامش ٢ ــ ٣ ص ٨٢ .

(٢) رَتِق الشيءُ انسد والتأم والمرأة رَتْقاء انسدت فلا تؤتى (المعجم الوسيط) - إذا لم يكن لها خرق إلا المبال (المغرب) .

(٣) القَرَن فى الفرج مانع يمنع من سلوك الذكر فيه إما غدة غليظة أو لحمة مرتنفة أو عظم وامرأة قرناء بها ذلك (المغرب) .

(٤) البَرَص بياض يقع فى الجسد لعلة - المعجم الوسيط .

(٥) الجذام علة تتآكل منها الأعضاء وتتساقط - المعجم الوسيط (وانظر السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٣٣٥ وما بعدها) .

(٦) فى الأصل : « إما إما » .

وسائر المعاوضات ، وإمكان الاستيفاء ثابت ههنا ، لإمكان الوطء فى بعضها بغير واسطة ، وفى بعضها بواسطة إزالة المانع ، فوجب أن لا يثبت حق الرد ، قياساً على الجرباء والشوهاء والعجوز التى لا تشتهى .

فإن قيل : قولكم بأن فى الرد إبطال حق المرأة ، وإنه إضرار بها - قلنا : لا نسلم ، بل هو دفع الضرر عنها ، لأن النكاح تصرف إضرار بها ، لما فيه من إثبات الملك والرق عليها ، إلا إذا كان وسيلة إلى المصالح المطلوبة من النكاح ، فإذا اختلت المصالح لمكان النفرة ، بقى ضرراً وكان الفسخ دفعاً للضرر عنها .

ولئن سلمنا أن فوات ملكها فى المهر ضرر بها ، ولكن إلى عوض وهو ملك نفسها ، فلا يكون ضرراً .

ولئن سلمنا أن حق الرد والفسخ لا يثبت ابتداء ، فلم قلتم بأنه لا يثبت بناء ؟ .

قوله : بأن المستحق ملك الوطء - قلنا : لا نسلم ، بل المستحق ملك منافع بضعها ، ولا يمكن الاستمتاع واستيفاء المنافع لمكان العيوب المنفرة له .

ولئن سلمنا أن هذه العيوب لا تخل بإمكان الوطء والاستمتاع ، ولكن لم قلتم بأنها لا تخل بالمصالح المطلوبة من النكاح ؟ - وهذا لأن هذه العيوب تمنع كون النكاح وسيلة إلى المقاصد المطلوبة ، لأن بعضها مانع من حقيقة الوطء حسا وبعضها طبعا ، فصار كما إذا وجدت المرأة زوجها عنيناً أو مجبوباً ، فإنها تمكن من الفسخ ، وإن كان لا يمتنع كل المقاصد لقيام السكن والازدواج واحتمال إمكان[١] الوطء ، وصار كما إذا وجدت بالمهر عيباً : يثبت لها حق الرد - فكذا إذا وجد الزوج بها عيبا ، تسوية بين العوضين .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام : « فر من المجذوم فرارك من الأسد » . وبما روى أنه عليه السلام تزوج امرأة فوجد على كشحها بياض فردها[٢] .

---

(١) فى الهامش هذه الكلمة وتشبه أن تكون « مكان » وهى غير ظاهرة .

(٢) فى بلوغ المرام ، رقم ٨٦١ ص ١٥٥ : « وعن زيد بن كعب بن عُجْرَة عن أبيه رضى الله عنه قال : تزوج رسول الله ﷺ العَالية من بنى غفار ، فلما دخلت عليه ووضعت ثيابها رأى =

الجواب :

أما قوله بأن الفسخ دافع الضرر عنها – قلنا : إن كان الضرر ضرر ملك النكاح ، فهذا / الضرر يدفع عنها بدون إزالة ملكها عن المهر ، بأن يطلقها ، فلا حاجة إلى تحمل هذا الضرر . ٢/٣١

قوله : يفوت حقها إلى عوض – قلنا : إنما يخرج عن أن يكون ضرراً إذا كان عوضاً ترتضيه ، وهى لا ترضى ، فيكون ضرراً .

قوله : بأن المستحق منافع بضعها – قلنا : المستحق هو الوطء وإنه ممكن ، إما بغير واسطة أو بواسطة ، وذلك يكفى للقدرة على الاستيفاء ، كما إذا كانت صغيرة أو مريضة ، لا يثبت له حق الرد – كذا ههنا .

وأما المانع الطبعى ، [فـ] لا أثر له فى العجز ، بل أثره فى الامتناع مع قدرته واختياره ، وهذا لا يوجب حق الرد ، كما إذا وجدها شوهاء أو عجوزة لا تشتهى .

وأما المرأة إذا وجدت زوجها مجبوباً أو عنيناً ، إنما يثبت حق التفريق لوقوع الخلل فى المستحق بالعقد ، لأن إمكان الوطء ليس بثابت : أما فى المجبوب فظاهر ، وفى العنين يؤجل سنة وبعد السنة يثبت حق التفريق ، لمكان العجز عن الوطء ، أما ههنا بخلافه .

وأما المرأة إذا وجدت بالمهر عيباً إنما يثبت لها حق الرد ، لتمكن الخلل فى المستحق ، لأن المستحق فى جانب المهر المالية ، وهى تختل بالعيب ، أما ههنا بخلافه .

وأما الحديث – قلنا : هذا أمر إباحة لا أمر ندب وإيجاب ، فلا يوجب الرد .

وأما الحديث الثانى – قلنا : يحتمل أنه ردها بطريق الفسخ ، ويحتمل أنه ردها بطريق الطلاق ، فلا يكون حجة .

= بكَشْحها (ما بين الخاصرة إلى الضلع) بياضا فقال : « البَسى ثيابك والحقى بأهلك » وأمر لها بالصداق . رواه الحاكم وفى إسناده جميل بن زيد وهو مجهول واختُلف عليه فى شيخه ، اختلافاً كثيراً – ولعل الأيسر فى المتن أن يقال : « فوَجد على كشحها بياضاً » .

٣٧ ــ **مسألة** : طَوْل[١] الحرة لا يمنع نكاح الأمة ، خلافاً له[٢] .

وأجمعوا على أن نكاح الأمة لا يمنع نكاح الحرة . وأجمعوا على أن نكاح الحرة يمنع نكاح الأمة[٣] .

والوجه فيه - أن العجز عن مهر الحرة لا يقف عليه ركن نكاح الأمة ، ولا استيفاء[٤] المصلحة المطلوبة من نكاح الأمة ، فلا يقف عليه صحة نكاح الأمة ، قياساً على نكاح الحرة .

وإنما قلنا ذلك - لأن ركن النكاح قولهما « زوجت - وتزوجت » وهذا لا يقف على العجز / عن مهر الحرة ، والمصلحة المطلوبة من نكاح الأمة هي السكن والازدواج والتوالد والتناسل وقضاء الشهوة ، ولا يقف ذلك أيضا على العجز عن نكاح الحرة ، فلو توقف عليه صحة نكاح الأمة يؤدى إلى المنع من تحصيل هذه المقاصد فيكون ضرراً . ١/٣٢

فإن قيل : قولكم بأن ركن النكاح قولهما « زوجت - وتزوجت » - قلنا : [هل] ركن النكاح مجرد هذه الصيغة أم إذا وقعت مقتضية للحل ؟ ع[٥] ولا يمكن دعواه لأن هذه الصيغة إذا وجدت من الطفل والمجنون لا يكون نكاحاً م[٦] .

---

(١) الطول اليسر والسعة - قال تعالى : ﴿ ومن لم يستطعْ منكم طَوْلاً أنْ ينكحَ المحصناتِ المؤمنات فمن ما ملكتْ أيمانُكم من فتياتكم المؤمناتِ ... ﴾ النساء : ٢٥ - أى من لم يكن له سعة أن ينكح الحرائر فلينكح من إماء المؤمنين يعنى عفائف غير زوانى فى سر ولا علانية .. الخ (الشوكانى ، فتح القدير ، ١ : ٤٥٥) .

(٢) قال السمرقندى فى التحفة ، ٢ : ١٩٠ : « إذا كان قادراً على مهر الحرة ونفقتها ، جاز له أن يتزوج الأمة عندنا . وعند الشافعى لا يجوز » .

(٣) انظر المرجع السابق ، ٢ : ١٨٩ - ١٩٠ .

(٤) فى الأصل كذا : « استبقا » - انظر العبارة التالية .

(٥) فى الهامش : وعلامة « العين » معناه : والأول ممنوع .

(٦) فى الهامش ، وعلامة « الميم » معناه : ولئن سلمنا .

ولكن لم قلتم بأن وقوعها ، مقتضياً للحل فى الأمة ، لا يقف على العجز عن طَوْل الحرة ؟ .

بيانه - وهو أن هذه الصيغة إنما تقع مقتضية للحل فى محل قابل ، والكلام فيه فى هذه الحالة . وهذا لأن الدليل ينفى كونها محلاً للنكاح فى حق الحر فى جميع الأحوال ، لأن التزويج يقضى(١) [بـ] التساوى بين الزوجين ، كزوجى الباب وزوجى الخف والمقراض(٢) ، ولا مساواة بينهما لمكان الخسة فى الإماء ونقصان معنى الآدمية والالتحاق بالبهائم فى التعرض للبيع والشراء وجعل الولد مملوكاً للغير ، إلا أنا توافقنا على جعلها محلاً عند عدم طَوْل الحرة ، ضرورة صيانة النفس عن الزنا ، فقيما عداه نتمسك بقضية الدليل .

ولئن سلمنا أنه لا يقف عليه ركن النكاح على العجز - ولكن لم قلتم بأنه لا يقف عليه استيفاء(٣) هذه المصالح ، وبيان أنه يقف ، لأن معظم المصالح إنما هو الولد ، والولد من الأمة يكون مرقوقاً ، والمرقوق ملحق بالبهائم .

ولئن سلمنا أن العجز لا يقف عليه ركن النكاح ولا استيفاء(٤) المصالح ، ولكن لم لا يقف عليه جواز النكاح . وظاهر أنه يقف ، لقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ لم يَستطعْ منكم طَوْلاً أن ينكحَ المحصناتِ المؤمناتِ فممَّا ملكتْ أيمانُكم من فتياتِكم المؤمناتِ ﴾(٥) - والمفهوم من مثل هذا(٦) الكلام الخَلَفية(٧) ، كما فى قوله تعالى / : ﴿ فَلَمْ تَجدُوا ماءً ٢/٣٢

---

(١) فى المعجم الوسيط : قضى عليه وقضى له وقضى بكذا - وفى الهامش عبارة غير مقروءة .

(٢) المقراض المقص وهو ما يقرض به الثوب أو غيره . وهما مقراضان . والجمع مقاريض - المعجم الوسيط .

(٣ - ٤) فى الأصل كذا : « استيقا » .

(٥) النساء : ٢٥ - وراجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٨٧ .

(٦) فى الأصل كذا : « هذ » .

(٧) الظاهر أن المقصود الخلافة أى جاء بعده فصار مكانه - المعجم الوسيط .

فتيمَّمُوا صَعيداً طيباً ﴾[١] فلا يجوز خلف مع القُدرة على الأصل هـ .

الجواب :

قوله بأن هذه الصيغة إنما تكون ركناً للنكاح إذا أضيف إلى محل قابل – قلنا : بلى ، والأمة محل قابل للنكاح ، لما ذكرنا من صلاحية التوالد والتناسل وغيرها .

قوله : بأن التزويج يقتضى التساوى – قلنا : التساوى ثابت بينهما فيما يرجع إلى الأحكام المطلوبة من النكاح ، والتفاوت فى شرف الحرية لا يمنع ذلك .

وأما إرقاق الولد – قلنا : ذلك لا يمنع الجواز ، لأنه يختلف باختلاف الأشخاص . والدليل عليه حالة عدم طَوْل الحرة .

ومنه خرج الجواب عن السؤال الذى يليه .

وأما النص – قلنا : الجواب عنه أن هذا لا يقتضى توقيف نكاح الأمة على عدم طَوْل الحرة أصلاً ، فإن هذا تعليق الحكم بالشرط ، وإنه لا يقتضى عدمه عند عدم الشرط . وفيما ذكر من النظير ما عُلم[٢] استباحة الثانى بنفى الأول بقضية التعليق بل بدليل آخر .

قوله – بأن نكاح الأمة خلف عن نكاح الحرة – قلنا : لا نسلم : وظاهر أنه ليس بخلف ، بدليل أنه يجوز الجمع بينهما ، بأن تزوج حرة على أمة ، بالإجماع ، والجمع بين الأصل والخلف لا يجوز أصلاً ورأساً .

٣٨ ــ **مسألة** : النكاح ينعقد بلفظ البيع والهبة .

والوجه فيه – أنه قصد إثبات ملك النكاح بلفظة صالحة للإثبات ، فوجب أن يجوز ، قياساً على لفظة التزويج .

---

(١) النساء : ٤٣ . المائدة : ٦٦ .

(٢) فى الهامش : « وهو قوله تعالى ... » والعبارة التالية غير مقروءة . ولعله يقصد الآية المتقدمة فى الهامش ١ ص ٨٧ .

وإنما قلنا ذلك ، لأن لفظة البيع والهبة يصلح مجازاً عن إثبات ملك النكاح لوجود طريق المجاز ، وهو السببية والمسببية ، لأن البيع سبب لملك الرقبة فى الجارية ، وملك الرقبة سبب لملك المتعة ، وقد دل الدليل على إرادة المجاز ، وهى المواضعة[١] فى الخطبة وغيرها .

١/٣٣ فإن قيل : قولكم بأن لفظ البيع يصلح مجازاً عن إثبات / ملك النكاح – قلنا : لا نسلم . وهذا لأن النكاح والتزويج ينبىء غن الضم والتلفيق والبيع والهبة لا يصلح مجازاً عنه[٢] .

ولئن سلمنا[٣] ، ولكن لا نسلم أن ملك الرقبة سبب لملك المتعة ، وهذا لأن ملك الرقبة ثابت فى البهيمة والغلام ، فلو كان سبباً له لما تخلف عنه حكمه .

ولئن سلمنا أن ملك الرقبة سبب لملك المتعة ، ولكن ملك المتعة الثابت بالبيع ليس من جنس ملك المتعة الثابت بالنكاح ، لتفاوت أحكامهما ، فلا يجعل مجازاً عنه .

ولئن سلمنا أنه من جنسه ، ولكن متى يجعل مجازاً عنه : إذا اختلفا فى الأحكام أم إذا لم يختلفا ؟ ع م .

بيانه – أنا أجمعنا على أن النكاح لا ينعقد بلفظ الإعارة والإجارة والإباحة ، مع أن الإجارة والإعارة لملك المنفعة وفى النكاح ملك المنفعة ، ولكن لما اختلفا فى أحكام أخر لم يجعل مجازاً عنه ، كذا ههنا .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أنه صلح مجازاً ، ولكن ههنا دليل آخر يأبى ذلك ، وهو أن لفظة البيع والهبة مما يقع به الطلاق ، فإنه لو قال لامرأته : بعت نفسك منك أو وهبت نفسك منك ، ونوى الطلاق ، يقع ، وإذا وقع به الطلاق لا يقع به النكاح .

---

(١) فى المعجم الوسيط : واضَعَ الرجلُ مواضَعَة ووضاعاً وافقه فى الأمر وواضع فلاناً الرأى أطلعه هو على رأيه وأطلعه الآخر على رأيه .

(٢) فى الهامش : عن الضم والتلفيق . (٣) « ولئن سلمنا » وردت فى الهامش .

ولئن سلمنا أن السببية طريق المجاز ، ولكن فى موضع وجود السبب ، وحقيقة البيع والهبة لا يتصور فى الحرة ، فلا يجوز استعمالهما فيها بطريق المجاز .

الجواب :

قوله بأن النكاح ينبىء عن الضم - قلنا : الحكم الأصلى فى النكاح ومعظم المطلوب منه هو ملك المتعة[١] والوطء ، وما سواه تبع .

قوله : لم قلتم بأن ملك الرقبة سبب لملك المنفعة - قلنا : لأنه يلازمه[٢] فى محل يقبله ، والملازمة دليل السببية ، وعدم الملازمة فى محل غير قابل لا يمنع كونه سبباً - ألا ترى أن البيع والهبة سبب لولاية الإعتاق بواسطة ملك الرقبة فى العبد والأمة ، وليس بسبب له فى الثوب والدابة ، ولا يوجب قصورا فيهما .

٢/٣٣ قوله : ملك المنفعة الثابت بالبيع ليس من جنس ملك المتعة[٣] / الثابت بالنكاح - قلنا : ملك المتعة[٤] عبارة عن معنى شرعي يقتضي حل الاستمتاع والوطء ، وهذا لا يختلف فى ذاته باختلاف الأسباب والأحكام .

وأما لفظة الإجارة والإعارة ، فممنوع على رواية الكرخى[٥] . ولئن سلمنا ،

---

(١) فى الأصل كذا : « المنعة » فقد تكون « الفاء » غائبة فتنطق « المنفعة » . وانظر فيما يلى الهامش ٣ و٤ و٥ .

(٢) « لأنه يلازمه » غير واضحة فى الأصل .

(٣) قد تكون « ملك المنفعة » وراجع فيما تقدم الهامش ١ وفيما يلى الهامش ٤ و ٥ .

(٤) قد تكون « المنفعة » وسيأتى فيما بعد التعبير بملك المتعة وأن المعقود عليه منافع البضع - راجع فيما تقدم الهامش ١ و ٣ .

(٥) قال فى التحفة ، ٢ ، ١٧٦ - ١٧٧ : « وعند أصحابنا : لا ينعقد النكاح ، إلا بلفظ موضوع للتمليك . ثم اختلف المشايخ : قال عامتهم : لا ينعقد إلا بلفظ موضوع تمليك الأعيان كالبيع والهبة - ولا ينعقد بلفظ موضوع تمليك المنافع كالإجارة والإعارة . وقال الكرخى : ينعقد =

فالجواب عنه أنها ليست بسبب لملك المتعة[1] فى موضع ما ، فلا يجعل مجازاً عنه .

قوله بأن البيع والهبة يقع بهما الفرقة - قلنا : بلى ، ولكن اللفظة جاز أن تعمل فى إثبات الملك فى حالة بطريق ، وتعمل فى إزالة الملك فى حالة أخرى بطريق آخر ، كما فى ملك اليمين : فإن لفظ البيع والهبة يثبت بهما ملك اليمين وقد يزول بهما ملك اليمين ، بأن قال لعبده : وهبت نفسك منك أو بعت .

قوله : السببية طريق المجاز فى موضع وجود السبب - قلنا : لو فرضنا الكلام فى الأمة بأن قال : وهبت أمتى على صداق كذا ونوى النكاح يندفع السؤال .

والله أعلم .

٣٩ ــ **مسألة** : نكاح الأخت فى عدة الأخت عن طلاق بائن لا يجوز .

والوجه فيه - أن نكاح الأولى قائم من وجه ، فلا يجوز نكاح الثانية ، قياساً على ما بعد الطلاق الرجعى .

وإنما قلنا ذلك - لأن بعض أحكام النكاح قائم ، وهو المنع من الخروج والبروز هـ والتزوج بزوج آخر . وإذا كان نكاح الأولى قائم من وجه ، كانت العلة قائمة من وجه ، والحكم إذا ثبت بعلة لا يزول إلا بزوال تلك العلة احتياطاً .

= بلفظ وضع للتمليك مطلقاً ، سواء كان تمليك الأعيان أو تمليك المنافع حتى ينعقد بلفظ الإجارة والإعارة عنده » . والكرخى هو عبيد الله بن الحسين أبو الحسن الكرخى . ولد سنة ٢٦٠ هـ ومات سنة ٣٤٠ هـ وهو منسوب إلى قرية « كرخ » بنواحى العراق . سكن بغداد . وأخذ الفقه عن أبى سعيد البردعى عن إسماعيل بن حماد بن أبى حنيفة عن حماد عن أبى حنيفة وتفقه عليه أبو بكر الرازى أحمد الجصاص وأبو على أحمد بن محمد الشاشى الفقيه وأبو حامد أحمد الطبرى وأبو القاسم على التنوخى وأبو الحسين القدورى . وله « المختصر » و « شرح الجامع الصغير لمحمد » . و « شرح الجامع الكبير لمحمد » (اللكنوى) الفوائد ، ص ١٠٨ ، ١٠٩ .

(١) راجع فيما تقدم الهامش ٤ ص ٩١ .

فإن قيل : قولكم بأن بعض أحكام النكاح قائم ، وهو المنع من الخروج والبروز والتزوج - قلنا : لا نسلم بأنها من أحكام النكاح - بيانه : وهو أن هذه الأحكام بعد الطلاق غيرها قبل الطلاق ، لأن الثابت قبل الطلاق كان بحال يسقط بإسقاط الزوج ، وشرع وسيلة إلى استيفاء الوطء ، وبعد الطلاق لا يسقط بإسقاطه ، ولا يكون وسيلة إلى الوطء ، فعلم أن الثابت قبل الطلاق قد زال بالطلاق ، وثبت بعد ذلك حقاً للشرع ، فلا يكون حكماً للنكاح .

ولئن سلمنا أنها أحكام النكاح ، ولكن بقاء الحكم لا يدل على بقاء السبب .

ولئن سلمنا أن بقاء / الحكم يدل على بقاء النكاح ، ولكن القاطع للنكاح وهو الطلاق الثلاث يوجب انقطاع النكاح من كل وجه ، لأن بقاء الشيء مع القاطع وفى غير محله ، محال . ١/٣٤

والدليل على أن النكاح ليس بقائم من وجه ولا من كل وجه ، أنه لو وطئها فى هذه الحالة يجب عليه الحد ، فلو كان النكاح قائماً من وجه لأورث شبهة .

الجواب :

قوله : الثابت بعد الطلاق غير الثابت قبله - قلنا : لا نسلم بل عينه ، لأنه شرع لما شرع له الثابت قبله ، وهو وثوق الزوج بالولد لو حصل .

قوله : الثابت بعد الطلاق ليس بحق الزوج - قلنا : ليس كذلك ، بل هو حقه ، وهو عين ذلك ، إلا أنه لا يسقط بإسقاطه ، لتعلق حق الشرع به .

قوله : بقاء الحكم لا يدل على بقاء السبب - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن بقاء الحكم ههنا ثبت مع المنافى ، فلولا السبب لما بقى الحكم عملاً بالمنافى .

قوله : القاطع للنكاح والمبطل للمحلية قد وجد - قلنا : نعم ، ولكن لم يحصل الانقطاع والبطلان فى الحال ، بل أخر الشرع عمل الطلاق فيه إلى وقت انقضاء العدة .

وأما فصل وجوب الحد – قلنا : بعض المشايخ منعوا ذلك . والصحيح هو التسليم ، ولكن وجوب الحد يفتقر إلى حرمة الوطء بصفة التمحض ، وذلك يقف على ارتفاع النكاح فى حق حل الوطء من كل وجه ، والنكاح ههنا قد ارتفع فى حق حل الوطء من كل وجه . أما بقى فى حق أحكام أخر – على ما ذكرنا .

٤٠ ــ **مسألة** : إذا تزوج امرأة ولم يسمِّ لها مهراً أو على أن لا مهر لها – يصح النكاح ، ويجب مهر المثل بنفس العقد ، ويتأكد بالخلوة أو الدخول أو الموت . فلو طلقها قبل الدخول ، تجب المتعة دون المهر .

وقال الشافعى : يصح النكاح ولا يجب المهر بنفس العقد ، حتى لا يطالب به ، ولا تملك المرأة حبس نفسها ، ولا يورث بموتها ، ولا يصير ديناً فى تركة الزوج بموته ، ولا يثبت لها / حق المطالبة بالفرض فى أحد قوليه . وفى أظهر قوليه يثبت لها حق المطالبة بالفرض . فإن دخل بها : يجب مهر المثل فى قول ، وفى قول لا يجب . ٢/٣٤

والوجه فيه – أن النكاح لم يشرع إلا معاوضة البضع بالمهر وقد انعقد ، وأفاد الملك فى أحد العوضين وهو البضع ، فوجب أن يفيد فى العوض الآخر ضرورة .

وإنما قلنا ذلك – لأن فى النكاح رقاً وملكاً عليها ، والحرية تنافيه ، إلا أنا توافقنا على تحمل هذا النافى إذا كان العوض مالاً خطراً[١] ، ففيما وراءه يتمسك بالدليل النافى .

فإن قيل : قولكم بأن النكاح لم يشرع إلا معاوضة – قلنا : لا نسلم بأن النكاح عقد معاوضة ، بل النكاح ضم والتزويج تلفيق[٢] . ولئن سلمنا أن النكاح معاوضة ، ولكن معاوضة النفس بالنفس ، لا معاوضة البضع بالمهر .

---

(١) فى المعجم الوسيط : الخَطَر العوض والنصيب والمثيل فى الشرف والرفعة وفى حديث عمر فى قسمة وادى القُرى : « وكان لعثمان فيه خطر ولعبد الرحمن خطر » .

(٢) لَفَقَ ولَفَّق الشفتين ضم إحداهما إلى الأخرى . ومنه أخذ التلفيق فى المسائل – المعجم الوسيط .

ولئن سلمنا أن قضيته ما ذكرتم : وجوب المهر ، ولكن المرأة هل تتمكن من استيفاء هذا المستحق بالعقد ، أو [أنه] سقط ، كما(١) وجب ، إذا رضيت بالنكاح بدون المهر - وهذا لأنها إذا رضيت بالنكاح بدون المهر صريحاً فقد رضيت بإسقاط حقها ، كما إذا أسقطت : لا تتمكن من الاستيفاء - كذا هنا .

ولكن سلمنا أن ما ذكرتم يقتضى وجوب المهر ، ولكن ههنا دليل آخر يأبى ذلك ، وذلك :

- أنا أجمعنا على أنه لو طلقها قبل الدخول بها فى صورة النزاع لا يجب نصف مهر المثل ، فلو كان واجباً بنفس العقد لوجب نصف المهر كما فى المفروض .

- وكذلك لو ماتا معا ، ليس لورثة المرأة ولاية مطالبة ورثة الزوج بالمهر .

ومنها - المولى إذا زوج أمته من عبده ، لا يجب المهر . فلو كان المهر ركناً أصلياً للعقد لوجب .

ومنها - أن الذمى إذا تزوج ذمية بدون المهر لا يجب المهر .

---

(١) فى الأصل : « كما » أو « لما » على ما يظهر - والمعنى واضح وإن كانت العبارة غير سلسة . وسلاسة اللفظ سهولته ورقته وانسجامه - المعجم الوسيط . قال فى التحفة ، ٢ : ١٩٩ ــ ٢٠٠ : « إن المهر شرط جواز النكاح - حتى لا يجوز النكاح بدون مهر . حتى إن من تزوج امرأة بغير مهر أو بشرط أن لا مهر لها ، وأجازت المرأة ، فإن النكاح ينعقد ويجب مهر المثل عند أصحابنا . وعند الشافعى : النكاح جائز بغير مهر » . وقال أستاذنا المرحوم أحمد إبراهيم فى كتابه ، أحكام الأحوال الشخصية ، سنة ١٩٢٥ ، جـ ١ ، ص ١٠٨ البند ١٦٢ : « ... ويتفرع على ذلك أنها لو تزوجت بدون مهر أو نفت المهر فإنها لا تملك ذلك ، لأنها إنما تملك إسقاط حقها فقط وأما حق الله وحق الأولياء فلا تملك إسقاط شى منهما ، ولكنها لو أبرأت الزوج من المهر كله أو بعضه بعد تقرره فى ذمته بالعقد الصحيح أو بالوطء جاز لها ذلك ، لأنه أصبح خالص حقها » . وكذا أستاذنا المرحوم محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، قسم الزواج ، البند ١٥١ ص ١٨٠ . وظاهر ذلك أنها تستحق استيفاء المستحق ، بالعقد ، ما لم تسقطه بعد العقد .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن هذا عقد معاوضة ، بل هو ضم وازدواج - قلنا : لأن الحكم الأصلى لهذا العقد ملك المتعة وثبوت الانضمام بناء عليه ، فيجب أن يكون مقابلاً بالمهر تحقيقاً للمعاوضة .

١/٣٥ / قوله : إنه معاوضة النفس بالنفس - قلنا : لا نسلم . وظاهر أنه ليس كذلك ، لأنه لو كان كذلك ، لكان الملك لها ثابتاً فى نفس الزوج ، ولم يثبت بالإجماع .

قوله : لم قلتم بأنها تتمكن من الاستيفاء - قلنا : لأنه متى وجب ولم يوجد المسقط بعد الوجوب ، كان بسبيل من الاستيفاء ضرورة[١] .

قوله : بأنها رضيت بالسقوط - قلنا : لا نسلم ، فإن السقوط يكون بعد الوجوب ، وإنها منعت الوجوب ابتداء ، وذا لا يدل على الرضا بالسقوط ، لأن الوجوب ليس بحق لها ، بل حق الشرع[٢] .

أما إذا طلقها قبل الدخول بها - قلنا : ع جوابان : أحدهما - أن بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه إليها سالماً ، وهذا يقتضى سقوط الكل كالمبيع . والثانى - أن نصف مهر المثل واجب ثمة ، إلا أنا قدرنا ذلك بالمتعة .

فأما إذا مات الزوجان : فعند أبى يوسف ومحمد يستوفى مهر المثل . وعند أبى حنيفة لا يستوفى لوجهين : أحدهما - أن موتها غالباً يكون بعد موت أقرانها فتعذر تقدير مهر مثلها . والثانى - أن الغالب هو الاستيفاء فى حالة الحياة .

وأما إذا زوج أمته من عبده - اختلف المشايخ فيه : والصحيح أنه يجب حقاً لله ثم يسقط لعدم الفائدة فى البقاء .

وأما الذمى إذا تزوج ذمية : [فـ] عندهما يجب مهر المثل . وعند أبى حنيفة : إذا اعتقدا ذلك لا يجب ، لأنا أمرنا أن نتركهم وما يدينون .

(١ - ٢) راجع فيما تقدم الهامش السابق ١ ص ٩٥ .

٤١ ـــ **مسألة** : الخلوة الصحيحة بحكم النكاح الصحيح توجب كمال المهر ، خلافاً له[١] .

والوجه فيه - أن المعقود عليه نفس[٢] المرأة ، وقد سلمتها إلى العاقد ، فوجب أن يجب العوض ، قياساً على إجارة الدار إذا سلمت ولم ينتفع بها المستأجر .

وإنما قلنا إن المعقود عليه نفس المرأة - لأن النكاح معاوضة البضع بالمهر ، لأن الدليل يأبى[٣] الملك عليها بالعوض ، وقد ورد العقد على نفس المرأة ، بدليل أنه أضاف العقد إلى نفسها فى قوله / « تزوجتها » . ٢/٣٥

وإنما قلنا - إنها سلمتها إلى العاقد ، لأن التسليم تفعيل من السلامة ، والتمكين تفعيل من المكنة ، وذلك بتقرب[٤] المحل وإزالة الموانع .

---

(١) قال السمرقندى فى التحفة ، ٢ : ٢٠٧ « فإن كان المهر مسمى وطلق بعد الوطء أو الخلوة الصحيحة أو وجد موت أحد الزوجين فإنه يجب كمال المهر المسمى - وهذا عندنا . وعلى قول الشافعى : لا يتأكد بالخلوة » وقال الغزالى فى الوجيز ، ٢ : ٢٦ : « ولا يتقرر كمال المهر إلا بالوطء أو بموت أحد الزوجين ولا يتقرر بالخلوة على القول الجديد » .

قال أستاذنا المرحوم أحمد إبراهيم فى كتابه « أحكام الأحوال الشخصية » طبعة سنة ١٩٢٥ فى البند ١٨٨ ص ١٢٥ ـــ ١٢٦ « وكذلك يتأكد المهر بالخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح فإذا فقد الشرطان كلاهما أو أحدهما فلا يتأكد المهر ... وقال الشافعى رضى الله عنه إن الخلوة لا تؤكد وجوب المهر ، لأن المعقود عليه إنما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه ، لأن التأكد إنما يكون بتسليم المبدل ولا تسليم إلا بالوطء . **واستدل أبو حنيفة وأصحابه بأن المرأة سلمت المبدل حيث رفعت** الموانع بالخلوة التامة وذلك غاية ما فى مقدورها والواجب عليها لا يكون إلا بما فى وسعها فيتأكد حقها فى البدل وهو المهر (انظر الهداية والعناية) ... » . وانظر أيضاً أستاذنا المرحوم محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، قسم الزواج ، البند ١٥٥ و ١٥٦ ص ١٨٥ ـــ ١٨٧ .

(٢) النفس الروح وذات الشىء وعينه - المعجم الوسيط .

(٣) فى الأصل كذا : « يابى » والظاهر أن المقصود أن الدليل يأبى أن تملك هى بالعوض - انظر فيما يلى : الجواب . وفى التحفة ، ٢ : ٢١٠ : « إن تسليم النفس بمقابلة تسليم المهر » .

(٤) لعلها كذلك . وفى المعجم الوسيط : قَرَّب الشى أدناه وقربه منه وإليه وعنده . وتَقَرَّب إليه حاول القرب منه وتوسل إليه بقربة أو بحق . ولعل العبارة ترجح كلمة « بتقريب » .

فإن قيل : قوله بأن المعقود عليه نفس المرأة – قلنا : لا نسلم ، بل المعقود عليه منافع البضع المستوفاة فى جميع العمر ، ولا يمكن تسليمها فى حالة واحدة . وهذا لأن المعقود عليه لو كان نفس المرأة لخلا الوطء الثانى والثالث عن الملك وعن العوض أصلاً ، وذلك لا يجوز .

ولئن سلمنا أن المعقود عليه نفس المرأة ، ولكن لم قلتم إنها سلمتها إلى العاقد . وهذا لأن قيام يد العاقد على المعقود عليه يمنع التسليم ، ويد العاقد ههنا قائمة ، لأن نفس المرأة ومنافع بضعها فى يدها حقيقة ، ولا يتحقق التسليم والقبض إلا بعد وجود الوطء حقيقة . وصار هذا كما إذا باع دابة هو راكبها أو ثوباً هو لابسه : لا يتحقق التسليم بدون النزول والنزع – كذا ههنا .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ وإنْ طلَّقتموهنَّ من قبلِ أنْ تمسُّوهنَّ وقد فرضتُم لهنَّ فريضةً فنصفُ ما فرضتُم ﴾[١] .

الجواب :

قوله بأن المعقود عليه منافع البضع – قلنا : لا نسلم ، وهذا لأن المنافع فى باب النكاح لم تملك مقصودة بالعقد ، بل تبعاً وضرورة لملك النفس ، كملك الانتفاع فى باب البيع ، بدليل أن العقد يضاف إلى الذات دون المنافع .

قوله : المعقود عليه لو كان نفس المرأة لخلا الوطئان عن العوض – قلنا : أجمعنا على أن قبض النفس حقيقة فى حق الوطء مرة واحدة ، قائم مقام جميع الوطئات فى حق تأكيد المهر . كذلك تسليم النفس نظراً للمرأة .

وأما قيام يد العاقد – قلنا : قيام يد العاقد لا يمنع[٢] التسليم لذاته ، بل لأنه يعجز الآخذ عن القبض والانتفاع ، كما فى الدابة والثوب ، وههنا قيام يد المرأة على نفسها لا يعجز عن الوطء عند ارتفاع الموانع ، فافترقا من هذا / الوجه .　١/٣٦

(١) البقرة : ٢٣٧ .

(٢) فى الأصل : « لا تمنع » – انظر بقية العبارة .

وأما ما تلا من النص – قلنا : حقيقة المس ليس بمراد بالإجماع ، لأنه لو وجد المس بدون الخلوة لا يتأكد المهر ، فكان المراد هو المجاز ، واسم المس كما يجوز جعله مجازاً عن الوطء ، إطلاقاً لاسم السبب على المسبب ، يجوز جعله مجازاً عن الخلوة بهذا الطريق .

والله أعلم .

[٥]

كتاب الطلاق

١/٣٦

٤٢ ـ **مسألة** : قال أبو حنيفة وأبو يوسف : الزوج الثانى يهدم الطلقة والطلقتين . وهو قول ابن مسعود وابن عباس وابن عمر .

وقال زفر والشافعى : لا يهدم . وهو مذهب عمر وعلى وأبى بن كعب[١] وعمران بن الحُصين[٢] .

والمراد بقولنا يهدم الطلقة والطلقتين – أن المرأة بعده تصير بحالة لا تحرم حرمة غليظة إلا بالطلقات الثلاث .

والمراد بقولهم : لا يهدم – أنها تصير بحالة تحرم حرمة غليظة بما بقى من الطلقات الثلاث .

لنا : أن الزوج الثانى مثبت للحل ، فتصير المرأة بعده بحالة لا تحرم حرمة غليظة إلا بالطلقات الثلاث ، قياساً على ما إذا وجد الزوج الثانى بعد الثلاث .

وإنما قلنا إن الزوج الثانى مثبت للحل ، لأن النبى ﷺ سمى الزوج الثانى محللاً ، بقوله عليه السلام : « لعن الله المُحلِّل والمحلَّل له »[٣] . ولا يثبت إثبات الحل المطلق

(١) أبى بن كعب شهد العقبة الثانية وبايع النبى ﷺ فيها ثم شهد بدرا وكان يكتب الوحى لرسول الله ﷺ وأحد فقهاء الصحابة وأقرأهم لكتاب الله ، مات فى خلافة عمر بن الخطاب سنة ١٩ أو ٢٠ أو ٢٢ . وقيل مات فى خلافة عثمان سنة ٣٢ . والأكثر على أنه مات فى خلافة عمر – ابن عبد البر ، الاستيعاب .

(٢) عمران بن حصين بن عبيد الخزاعى . أسلم عام خيبر . بعثه عمر إلى البصرة معلما . ولاه زياد قضاءها ثم استعفى فأعفى . وكان من فضلاء الصحابة وفقهائهم . سكن البصرة ومات بها سنة ٥٢ فى خلافة معاوية – ابن عبد البر ، الاستيعاب . وطبقات ابن سعد .

(٣) فى بلوغ المرام رقم ٨٤٩ ص ١٥٣ ، وسبل السلام ، جـ ٣ ، رقم ٩٣٦ ، ص ١٠٠٤ – ١٠٠٥ « لعن رسول الله ﷺ المحلِّل والمحلَّل له » رواه أحمد والنسائى والترمذى وصححه . وفى =

فى المحل إلا بارتفاع ما بقى من الحل ، لأن إثبات الحل فى محل حلال لا يتحقق ، فيرتفع ما بقى من الحل فى المحل ويثبت حل آخر بصفة الكمال ، والحل الثانى بصفة الكمال لا يرتفع إلا بالطلقات الثلاث .

فإن قيل : قولكم بأن[١] الزوج الثانى مثبت للحل - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأن النبى ﷺ سماه محللاً - قلنا : لا نسلم .

وأما الحديث - قلنا : لا نسلم بأن المراد منه الزوج الثانى .

والدليل على أن المراد منه ليس الزوج الثانى أنه ألحق[٢] اللعن به ، والزوج الثانى ههنا لا يستحق اللعن .

ولئن سلمنا أن المراد من الحديث الزوج الثانى - لكن قبل الثلاث أو بعد الثلاث ؟

ع م ـــ . ولكن المراد هو الزوج الثانى بعد / الثلاث لوجهين : أحدهما - اللعن . ٢/٣٦

والثانى - أن الزوج الثانى فى العرف يطلق على الزوج الثانى بعد الثلاث .

ولئن سلمنا أن المراد من الحديث الزوج الثانى مطلقاً - ولكن النبى ﷺ ألحق اللعن بالزوج الثانى المحلل لا بمطلق الزوج الثانى - فلم قلتم بأن الزوج الثانى قبل الثلاث محلل حتى يتناوله الحديث ؟ .

ولئن سلمنا أن الزوج الثانى مثبت للحل - ولكن إنما يثبت مقتضياً إذا أمكن - فلم قلتم بأنه أمكن ؟ بيانه - أن الحل إنما يثبت فى محل خال عن الحل ، والحل ههنا ثابت فى المحل .

قوله : يرتفع ما بقى من الحل ضرورة ثبوت حل آخر - قلنا : هذا يؤدى إلى

= الباب عن على أخرجه الأربعة إلا النسائى .

(١) فى الأصل كذا : « ـاى » .

(٢) فى الأصل كذا : « اللحق » .

الدور ، لأن الحل القائم لا يرتفع إلا بثبوت حل آخر ، ولا يثبت حل آخر إلا بعد ارتفاع ما بقى من الحل ، فيؤدى إلى الدور ، فيكون باطلاً .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن المراد من المحلل فى الحديث الزوج الثانى – قلنا : لأن أهل الحديث أوردوه فى باب الزوج الثانى .

قوله : المثبت للحل لا يستحق اللعن – قلنا : لا يستحق اللعن من حيث إنه مثبت للحل ، ولكن قد يستحق اللعن من وجه آخر ، وهو أن يقصد بالتزوج غير ما وضع له التزوج ، وهو الإحلال على الزوج الأول .

قوله : المراد من الزوج الثانى قبل الثلاث أو بعد الثلاث ؟ قلنا : المراد الزوج الثانى مطلقاً ، لأنهم أوردوه فى باب الزوج الثانى مطلقاً .

قوله : المستحق للعن هو الزوج الثانى بعد الثلاث – قلنا : لا لأنه بعد الثلاث ، لكن لأنه قصد الإحلال على الأول ، والزوج الثانى قبل الثلاث إذا قصد ذلك يستحق اللعن أيضاً .

قوله : المحلل فى العرف هو الزوج الثانى بعد الثلاث – قلنا : ليس كذلك ، لأن المحلل فى العرف من يحلل قصداً ويقصد بالنكاح الإحلال على الأول ، لا المقاصد المطلوبة ، إلا أن القصد إلى ذلك يكون بعد الثلاث غالباً ، بدليل أن الزوج الثانى بعد الثلاث إذ تزوجها لا على قصد منهما للإحلال وللرجوع / إلى الأول ، لا يسمى محللاً . ١/٣٧

قوله : الحديث ألحق[١] اللعن بالزوج الثانى المحلل – فلم قلتم بأنه محلل ؟ قلنا : هذا تلبيس[٢] ومغالطة ، لأنا لا نعنى بقولنا المراد من الحديث الزوج الثانى أنه أطلق

---

(١) فى الأصل كذا : « اللحق » .

(٢) لَبَّس عليه الأمَرَ خلطه . ولَبَسَ عليه الأمر لَبْسا خلطه عليه حتى لا يعرف حقيقته – المعجم الوسيط .

اسم المحلل على الزوج الثانى بطريق إقامة اللفظ مقام اللفظ ، لكنا نعنى به وصف الزوج بأنه محلل ، فألحق اللعن به ، فصار كأنه قال : لعن الله المحلل ، والمحلل الزوج الثانى .

قوله : يتعلق كل واحد منهما بالآخر فيؤدى إلى الدور – قلنا : لا نسلم . وبيانه – أنا لا نقول بارتفاع ما بقى من الحل حكماً لثبوت حل آخر حتى يؤدى إلى الدور ، ولكنا نقول : بأن ارتفاع الحل من المحل يقف على تصور ثبوت الحل ، وتصور ثبوت الحل قائم بواسطة ارتفاع ما بقى من الحل .

والله أعلم .

٤٣ ـــ **مسألة** : إذا قال لها : أنت طالق أو مطلقة أو طلقتك ونوى الثلاث أو الثنتين – لا تصح نيته ، وتقع[١] واحدة رجعية .

والوجه فيه – أنه لو صحت نيته الثلاث لا يخلو : إما أن تصح فى الملفوظ أو فى غير الملفوظ : لا وجه للثانى ، لأن الطلاق لا يقع بمجرد النية بدون اللفظ . ولا وجه للأول ، لأن الملفوظ لا يحتمل الثلاث ، لأن قوله « أنت طالق » وصف لها بالانطلاق ، وهو نعت فَرْد[٢] والفرد ضد الثلاث ، والشىء لا يحتمل ما يضاده .

فإن قيل : قولكم بأنه نعت فرد فلا يحتمل الثلاث – قلنا : لغة وشرعاً أم هو نعت لغة إنشاء شرعاً ؟ ع م . بيانه – أن هذا اللفظ إخبار لغة ولكنه إنشاء شرعاً ، والإنشاء يحتمل العدد – دل عليه أن الثلاث عدد من حيث هى ثلاث ، فرد من حيث الجنس ، والجنس فرد بالإضافة إلى الأجناس . والدليل على أنه تصح نية الثلاث ، أنه[٣] يصح تفسيره به ، بأن يقول « أنت طالق » والشىء لا يفسر بما لا يحتمله .

---

(١) فى الأصل : « ويقع » .

(٢) الفَرْد المنفرد المتوحد – المعجم الوسيط .

(٣) فى الأصل : « تصح » .

ولئن سلمنا أنه لا يحتمله من حيث هو جنس ، ولكن لم قلتم بأنه لا يحتمله من وجه آخر ؟ بيانه أن قوله « طالق » ينبيء عن الانطلاق[١] ، والانطلاق حساً وشرعاً متنوع ، فيقبله من حيث النوع ، وصار كما إذا قال : « أنت بائن » ونوى الثلاث / ، فإنه يصح - كذا هنا . وصار أيضاً كما إذا قال : « أنت طلق للسنة » ونوى الثلاث : تصح نيته ، أو قال : « طلقى نفسك » ونوى الثلاث تصح نيته ، وإن كان ما ذكرتم موجوداً - كذا ههنا .

٢/٣٧

الجواب :

قوله : هذا نعت وإخبار لغة وشرعاً ، أو نعت لغة وإنشاء شرعاً ؟ قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - أنه نعت لغة وشرعاً ، لأن الأصل تقرير الأحكام على موضوع اللغة .

والثانى - أنه إنشاء شرعا ، ولكن هذا لا يصير الطلاق مذكوراً شرعاً ، لأن المعنى من كونه إنشاء وقوع الانطلاق من القيد الشرعى[٢] ، وذلك لا يحتمل العدد .

قوله بأنه فرد من حيث الجنس - قلنا : لا نسلم بأن الثلاث جنس أو هو جنس ، ولكنه عدد فى ذاته ، فلا يحتمله نعت الفرد .

قوله : يصح تفسيره بالثلاث - قلنا : لا نسلم .

وقوله : « أنت طالق ثلاثاً - معناه أنت طالق طلاقاً ثالثاً .

قوله : لم لا يحتمله من حيث النوع ؟ قلنا : لأن الانطلاق الشرعى والحسى لا يتنوع ، لأنه لا يتفاوت من حيث كونه منطلقا ، بخلاف قوله : « أنت بائن » لأن البينونة متنوعة : بعيدة وقريبة . وبخلاف « أنت طالق للسنة » لأن الانطلاق لا يوصف بكونه سنياً أو بدعياً ، فكان وصفاً لقول يوصف بذلك ، وهو التطليق ، فصار

---

(١) فى الأصل كذا : « والانطال » .

(٢) فى الأصل كذا : « الشرع » انظر العبارة التالية .

الطلاق مدلول اللفظ . وبخلاف قوله « طلقى نفسك » لأنه دلالة على الانطلاق وصفاً ، لأنه مختصر عن قوله : افعلى فعل الطلاق .

٤٤ ـــ مسألة : إضافة الطلاق إلى اليد أو إلى جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن ، لا يصح . وعنده يصح(١) .

وعلى هذا الخلاف : العتاق والإيلاء والظهار والعفو عن القصاص .

وأجمعوا على أن إضافة الطلاق إلى الجزء الشائع كالثلث والربع ، يجوز(٢) .

وأجمعوا على أن إضافة الطلاق إلى الوجه والفرج والرأس ، يصح(٣) .

وفى الظهر والبطن اختلاف المشايخ .

والوجه / فيه – أن حكم الطلاق لو ثبت فى البدن لا يخلو : إما أن يثبت ابتداء ، ١/٣٨ أو بناء على ثبوته فى البدن . لا وجه للأول ، لأنه ما أضاف الطلاق إلى البدن . ولا وجه للثانى ، لأن الحكم المختص بالطلاق ثبوت الانطلاق وزوال القيد ، لأن الطلاق ينبىء عنه لغة ، واليد ليس بمحل لقيد النكاح ، ولهذا لا يصلح إضافة النكاح إلى اليد بالإجماع .

فإن قيل : قولكم بأن حكم الطلاق لو ثبت فى البدن لا يخلو : إما أن يثبت ابتداء أو بناء – قلنا : لم قلتم بأنه لا يثبت ابتداء ؟ .

قوله : ما أضاف الطلاق إلى البدن – قلنا : صريحا أم دلالة ؟ م ع – وهذا لأن قوله : « يدك طالق » يدل على إرادة ثبوت الطلاق فى اليد ، ولا تصور له إلا بالطلاق فى البدن ، فصار كما لو أضاف إلى الجزء الشائع .

ولئن سلمنا أنه لا يثبت الطلاق فى البدن ابتداء – لم قلتم بأنه لا يثبت بناء ؟ .

---

(١) عند الشافعى – انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٢٩٢ .

(٢ ـــ ٣) انظر : السمرقندى ، المرجع السابق ، الموضع نفسه .

قوله بأن اليد ليست محل الطلاق - قلنا : لا نسلم .

قوله بأن حكم الطلاق زوال القيد - قلنا : كل حكم الطلاق أم بعضه ؟ ع م . وهذا لأن زوال القيد كما هو حكم الطلاق ، فزوال حل الاستمتاع أيضا حكم الطلاق ، واليد محل لحل الاستمتاع ، فكانت محلا لحكم النكاح من هذا الوجه .

ولئن سلمنا أن هذا كل حكم الطلاق ، ولكن اليد ليست بمقيدة بانفرادها أو ليست من جملة المقيدة ؟ م والثانى ع . وهذا لأن اليد وإن كانت لا توصف بالقيد ، ولكنها من جملة البدن الموصوف بالقيد ، فيصح كما فى الجزء الشائع .

ولئن سلمنا أن اليد غير مقيدة ، ولكن لم قلتم بأنها ليست بمحل للنكاح ، وظاهر أنها محل للنكاح ، لأنها محل لبعض أحكام النكاح .

ولئن سلمنا أنه لا يصح إضافة الطلاق إلى اليد حقيقة ، ولكن لم قلتم بأنه لا يحق مجازا ؟ وهذا لأن اليد جاز أن تذكر ويراد بها البدن ، كما فى قوله تعالى .. ﴿ ... فبما / كسبت أيديكم[١] ... ﴾ وقوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى ترد »[٢] والمراد البدن .

٢/٣٠

الجواب :

قوله : إنه أراد ثبوت حكم الطلاق فى اليد ، ولا يثبت إلا بثبوته فى البدن - قلنا : هذا إشارة إلى الوجه الثانى ، وقد بينا أنه لا يمكن ذلك .

---

(١) قال تعالى : ﴿وما أصابكم من مصيبة فبما كسبت أيديكم ﴾الشورى : ٣٠ . وقال تعالى : ﴿ظهر الفساد فى البر والبحر بما كسبت أيدى الناس ... ﴾ الروم : ٤١ . وفى الأصل : ﴿ذلك بما كسبت أيديكم ﴾ وستأتى فيما بعد فى الأصل صحيحة .

(٢) عن سمرة بن جندب رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه أحمد والأربعة . وصححه الحاكم - بلوغ المرام ، رقم ٧٤٩ ، ص ١٣٥ .

وأما الجزء الشائع – قلنا : لا نسلم ثبوت حكم الطلاق فى البدن بالإضافة إليه ابتداء ، بل بناء ، لأنه لا يتصور وجود البدن بدون الجزء الشائع .

قوله : زوال القيد كل حكم الطلاق أم بعضه ؟ قلنا : كل الحكم الأصلى للطلاق ، والاعتبار للحكم الأصلى المقصود .

قوله : اليد ليست بمقيدة بانفرادها أم ليست من جملة المقيدة ؟ قلنا : ليست[١] بمقيدة ولا من جملة المقيدة ، لأنه لا يتعلق الطلاق ولا النكاح باليد ، بدليل أنه يجوز نكاح مقطوعة اليد بخلاف الجزء الشائع ، فإنه لا نكاح بدونه .

قوله : بأن اليد محل بعض أحكام النكاح – قلنا : الجواب عنه ما ذكرنا .

وأما قوله : اليد يعبر بها عن البدن مجازا – قلنا : لا نسلم بأنه يصلح لذلك مجازا .

وأما قوله تعالى : ﴿ فبما كسبت أيديكم ﴾[٢] فهذا إضافة الكسب إلى اليد حقيقة ، لأنها[٣] آلة الكسب ، كما يقال : سيف قاطع .

وقوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت[٤] » أضاف الأخذ والرد إلى اليد بطريق الحقيقة ، لا بطريق المجاز .

ولئن سلمنا جواز المجاز ، ولكن إنما يستعمل بالنية والإرادة ، ونحن نقول : بأنه إذا ذكر اليد وأراد به البدن يصح ، ولكن الكلام فيما إذا لم يرد .

والله أعلم .

---

(١) فى الأصل : « ليس » .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ١ ، ص ١٠٦ .

(٣) فى الأصل : « لأنه » .

(٤) راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ١٠٦ ونصه كاملا فيما تقدم من المتن .

٤٥ ـــ **مسألة** : التنجيز يبطل التعليق .

وصورة المسألة : إذا قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا – فطلقها قبل دخول الدار ثم تزوجت بزوج آخر وعادت إليه ودخلت الدار لا يقع الطلاق .

١/٣٩ والوجه فيه – أنه لم يلتزم بتصرفه طلاقا يبطل حلا سيحدث ، / فلا يقع .

وإنما قلنا ذلك – لأنه إنما التزم بتصرفه طلاقا يمنعه عن تحصيل الشرط أو يحمله[١] على تحصيله ، والمنع لا يحصل بطلاق يبطل حلا سيحدث .

وإنما قلنا : إنه التزم بتصرفه طلاقا يمنعه عن الشرط ، لأن غرضه فى قوله : إن شربت فامرأتى طالق – منع النفس عن الشرب ، لأنه لولا هذا الغرض لما أقدم على اليمين بالطلاق لحرمته ، والطلاق الذى يبطل حلا سيحدث لا يمنعه[٢] ، لأن المنع إنما يحصل بالخوف ، والخوف إنما يكون ببطلان نعمة يغلب وجودها أو يحتمل وجودها ، لا يبطلان نعمة نادر وجودها ، والحل الذى سيحدث نادر الوجود ، لأن ذلك يبتنى على الطلقات والعدد وعلى التزويج بزوج آخر وعلى طلاق ذلك الزوج والعود إليه ، وكل هذه المقدمات نادر [ة][٣] الوجود .

فإن قيل : قولكم بأنه التزم طلاقا يمنعه عن تحصيل الشرط أو لا يمنعه – قلنا : لا نسلم بل هو مطلق ، لإطلاق اللفظ ، فلا يجوز تقييده .

قوله : دل الدليل على التقييد – قلنا : لا نسلم .

قوله : لولا ذلك لما أقدم على اليمين – قلنا : لا نسلم بأن هذا يمين ، بل هو تطليق عند الشرط . ولئن سلمنا أنه يمين ، ولكن لم قلتم إن المنع لا يحصل بطلاق يبطل حلا سيحدث ؟ .

---

(١) فى الأصل : « تحمله » .

(٢) « يمنعه » غير ظاهرة فى الأصل ونرى أن السياق يدل عليها .

(٣) فى الأصل : « نادر » .

قوله : بأن المنع يحصل بالخوف عن زوال نعمة يغلب وجودها – قلنا : لا نسلم أن غلبة الوجود شرط ، وهذا لأن المنع كما يحصل بنزول المكروه غالبا وظاهرا ، يحصل بنزول المكروه على سبيل الاحتمال ، لأن الإنسان كما يمتنع عن الضرر الغالب ، يمتنع عن الضرر المحتمل – دلت عليه أنه لو أبانها ثم تزوجها ودخلت الدار يقع .

ولئن سلمنا أن غرضه الامتناع عن مطلق الضرر ، ولكن فى الحال فقط أم فى الحال وثانى الحال ؟ ع م . وهذا لأن الامتناع فى الحال كما يصلح غرضا ، فكذلك الامتناع فى الحال وثانى الحال يصلح غرضا / .

٢/٣٩

ولئن سلمنا أن الغرض هو المنع مطلقا ، ولكن لم قلتم بأن الطلاق الذى يبطل حلا سيحدث ، لا يصلح مانعا ؟ .

والدليل على أنه يصلح مانعا أنه لو قال لامرأته : « إن دخلت الدار فأنت على [كـ] ظهر أمى » فطلقها ثلاثاً ثم تزوجت بزوج آخر وعادت إلى الأول ودخلت الدار ، يلزمه الظهار .

ولئن سلمنا أنه لم يلتزم طلاقا يبطل حلا سيحدث ، ولكن[1] لم قلتم بأن هذا الحل غير ذلك الحل ، بل هو عينه – لأنا أجمعنا على أنها لو ارتدت ثم عادت إليه بعد الإسلام تبقى اليمين وينزل الجزاء[2] وإن بطل حل المحلية بالردة ؟ .

الجواب :

قوله : بأنه مطلق لإطلاق اللفظ – قلنا : بلى ، ولكن مطلق الكلام يجوز تقييده بدلالة الغرض . كما إذا اشترى عبدا مطلقا ، ينصرف إلى المسلم[3] .

قوله : لم قلتم بأنه يمين ؟ – قلنا : لأن تعليق الطلاق يسمى يمينا عرفا وشرعا .

---

(١) فى الأصل كذا : « ولين » .

(٢) فى الأصل كذا : « الجرا » – كذا فى السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٣١٨ – ٣١٩ .

(٣) فى الأصل كذا : « السلم » .

قوله : لم قلتم بأن المنع لا يحصل بطلاق يبطل حلا سيحدث ؟ قلنا : لما ذكرنا أن الإنسان لا يخاف زوال نعمة لا يغلب وجودها .

قوله : لم قلتم بأن الغلبة شرط ؟ قلنا : لأن المانع إنما يمنعه إذا كان غالب الوجود .

وأما إذا أبانها – قلنا : لأن نزول[١] الجزاء ليس بنادر الوجود ثمة . أما ههنا بخلافه .

قوله : غرضه الامتناع عن الضرر فى الحال فقط أم فى الحال وثانى الحال ؟ – قلنا : غرضه المنع مطلقا من غير تعرض للزمان[٢] ، وهذا الغرض يحصل بطلاق يبطل حلا قائماً للحال ، لأن الحال القائم للحال ، الظاهر دوامه إلى وقت وجود الشرط .

وأما مسألة الظهار فممنوع على رواية أبى طاهر الدباس[٣] عن أصحابنا : أنه لا [يلزمه][٤] الظهار .

قوله : لم قلتم بأن الحل الذى يوجد بعد الزوج الثانى غير ذلك الحل – قلنا : لأن الزوج الثانى مثبت للحل ابتداء على ما مر فى مسألة الهدم[٥] .

---

(١) فى الأصل كذا : « نزول الجزا » .

(٢) فى الأصل كذا : « الزمان » .

(٣) كان إمام أهل الرأى بالعراق . وقد أخذ عن القاضى أبى حازم عبد الحميد عن عيسى بن أبان عن محمد . وكان يوصف بالحفظ ومعرفة الروايات . وولى القضاء بالشام . و « الدباس » نسبة إلى بيع الدِّبس وهو ما يسيل من الرطب (اللكنوى ، ١٨٧ . ومختار الصحاح) .

(٤) فى الأصل : « لا ينزل » – راجع فيما تقدم فى المسألة . والمذهب أن يلزمه – قال السمرقندى فى التحفة ، ٢ : ٣١٩ : « ثم هذه الحرمة لا تزول بسبب من أسباب الإباحة ، ما لم توجد الكفارة ، لا بالنكاح ولا بملك اليمين ولا بإصابة الزوج الثانى .. وكذلك لو طلقها ثلاثاً وتزوجت بزوج آخر ، ثم عادت إليه بالنكاح ، لا تحل له حتى يكفر ، وإن صح النكاح » .

وكذا فى المغنى لابن قدامة (٧ : ٣٥٢) ولكن فيه : « وقال قتادة : إذا بانت سقط الظهار فإذا عاد فنكحها فلا كفارة عليه وللشافعى قولان كالمذهبين ... » .

(٥) **راجع فيما تقدم ص ١٠٠ – ١٠٣ .**

وأما إذا ارتدت المرأة / قلنا : بالردة لا يزول حل المحلية ، حتى لو اشترى أمة مرتدة ودخل بها لا يسقط إحصانه فى القذف ، ولو زال لسقط إحصانه ، كما فى الأمة المنكوحة إذا طلقها اثنتين ثم اشتراها ووطئها[١] . ٤٠/١

٤٦ ــ **مسألة** : إرسال الطلقات الثلاث جملة حرام .

والوجه – أن إرسال الطلقات الثلاث جملة إيقاع الطلاق من غير حاجة ، فوجب أن يكون حراما ، قياسا على الطلاق فى حالة الحيض .

وإنما قلنا ذلك – لأنا نعني بهذه الحاجة الخلاص عن عهدة النكاح ، وهذه الحاجة تندفع بالطلقة الواحدة ، فإيقاع الثانية والثالثة يكون إيقاعا من غير حاجة ، فيكون حراما ، لأن الدليل يقتضى حرمة الطلقات الثلاث جملة لما فيه من سد باب التدارك[٢] والوصول إليها بطريق الحلال ، وربما يميل طبعه إليها على وجه لا يمكنه الصبر عنها ، فيقع فى الحرام ، وما هذا حاله فهو حرام .

فإن قيل : قولكم الدليل يقتضى حرمة الطلقات الثلاث لما فيه من سد باب التدارك – قلنا : لا نسلم ، وهذا لأن إمكان الوصول إليها بالحلال قائم ، بأن تتزوج بزوج آخر ثم تعود إليه بالنكاح .

ولئن سلمنا أنه لا يمكن الوصول إليها بطريق الحلال ، ولكن لم قلتم بأنه يقع فى الحرام ، وظاهر أنه لا يقع ، لأن العقل والدين يمنعانه عن ذلك . وكذلك الإقدام على إرسال الطلقات الثلاث جملة دليل نَفْر[٣] الطبع عنها بأبلغ الوجوه ، فلا يقدم على الحرام .

---

(١) قال السمرقندى فى التحفة ، ٢ : ٣١٩ : « وكذلك لو كانت حرة ، فارتدت عن الإسلام ، ولحقت بدار الحرب ، فسبيت ، واشتراها » أى لا يحل له أن يطأها حتى يكفر .

(٢) تدارك ما فات حاول إدراكه . يقال تدارك الخطأ بالصواب واستدرك الشيء تداركه به واستدرك عليه القول أصلح خطأه أو أكمل نقصه أو أزال عنه لَبْسا – المعجمَ الوسيط .

(٣) نَفَر نَفْراً ونُفُوراً أعرض وصد – المعجم الوسيط . وفى الأصل كذا : « سفر » . وفى =

ولئن سلمنا أن احتمال هذا الضرر قائم – ولكن لم قلتم بأنه يوجب تحريم إرسال الثلاث ؟ وهذا لأنه ليس يجب على الشرع أن يدفع الضرر عن العبد بدون اختياره بل يجعله بسبيل من اختيار الضرر والاحتراز عنه .

٢/٤٠ ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يقتضى تحريم الإرسال / ولكن ههنا دليل يأبى ذلك ، وذلك لأنها أجمعنا على أن إيقاع الثلاث مباح ، وإن كان فيه جميع ما ذكرتم . وكذلك أجمعنا على أن الطلقات الثلاث مملوكة للزوج ، بدليل أنه لو أوقع[١] يقعن ، والملك لا يشرع إلا لإطلاق الاستبقاء[٢] شرعا ، ولأن الإقدام دليل الحاجة إلى سد باب الوصول إليها ، لاحتمال أن يكون فى نكاحها مفسدة ومضرة ، وربما لا يمكنه الامتناع عنها ويحتاج[٣] إلى سد باب التدارك فى الحال ، دفعا لهذه الحاجة .

الجواب :

قوله : إمكان الوصول إليها بالحلال ممكن – قلنا : لا نسلم . وهذا لأن الوصول موقوف على مقدمات كثيرة نادرة ، والنادر ملحق بالعدم .

ولئن سلمنا إمكان الوصول ولكن بعد زمان طويل ، يعرى[٤] عن احتمال ما ذكرنا من الضرر .

وأما قوله بأن العقل والدين يمنعانه – قلنا : بلى ، ولكن ذاك لا يمنع احتمال الوقوع على ضرر الزنا ، لمكان الهوى بالطبع .

= المعجم الوسيط : دل عليه وإليه دلالة أرشد . ويمكن أن يقال : دليل على نَفْر . وسيأتى بعد قليل : « دليل نفر » أيضا (ص ١١٣) .

(١) فى الأصل كذا : « أقع » .

(٢) كذا فى الأصل : « الاستبقا » وقد يحتمل أن تكون « الاستيفاء » . ولعل المعنى « الاستعمال » .

(٣) فى الأصل : « ويحتاج ويحتاج » فالكلمة مكررة .

(٤) كذا تبدو .

وأما قوله بأن الإقدام على إرسال الثلاث دليل نَفْر الطبع عنها – قلنا : محتمل : يحتمل[١] أنه أقدم لعارض يدوم ، ويحتمل أنه أقدم لعارض يزول ، فلا يبطل ما ذكرنا بالشك .

قوله بأن هذا الضرر يلحقه باختياره – قلنا : لا نسلم بأنه باختياره ، وإنما يكون باختياره أن لو كان عالما بلحوق هذا الضرر به ، أما إذا لم يكن عالما فلا .

وأما الطلاق الثلاث – قلنا : ذاك إنما يكون بعد نَفْر الطبع عنها ، لأن إيقاع الأول والثانى دل على نَفْر الطبع ، أما إيقاع الثلاث جملة [فـ] قد يكون لغضب ولعارض يزول ، فلا يدل على تنافر الأخلاق .

قوله بأن الطلاق الثلاث مملوك له – قلنا : إن عنيت به الإباحة فممنوع ، وإنه عين النزاع . وإن عنيت به أنه لو أوقع يقع ويترتب عليه حكم شرعى فمسلم ، ولكن الشرع قد يرتب / الحكم على التصرف المباح وقد يرتبه على الحرام كالزنا وشرب الخمر وسائر المحظورات . ١/٤١

قوله بأن دليل الحاجة موجود ، وهو الإقدام على الإرسال – قلنا : كما لا يجوز تعليق الحكم بحقيقة الحاجة ، لا يجوز تعليقه بالإقدام على الطلاق .

وأما الحاجة إلى سد باب التدارك – قلنا : ما ذكرنا محكم فى تحريم الإرسال ، وما ذكرتم محتمل ، والمحتمل لا يعارض المحكم .

والله أعلم .

٤٧ ــ **مسألة** : عدد الطلاق معتبر برق النساء وحريتهن ، لا برق الرجال وحريتهم . وهو مذهب على بن أبى طالب وعبد الله بن مسعود .

وعند عثمان وزيد معتبر برق الرجال وحريتهم[٢] .

---

(١) فى الأصل كذا : « يحمل » .

(٢) قال السمرقندى فى التحفة ، ٢ : ٣٦٧ : « ثم العدة تعتبر بالنساء : تتنصف برقها =

والوجه فيه - أن الرق مؤثر فى تنصيف الحل فى جانب الرجل[١] ، فيكون مؤثرا فى التنصيف فى جانب المرأة .

قلنا : متى يكون مؤثرا فى التنصيف فى جانب المرأة - إذا كان محلية النكاح حقها أم إذا لم يكن ؟ م ع .

بيانه أن رقها مؤثر فى نقصان نعمة من حقها ، لا فى نقصان نعمة هى حق الرجل - فلم قلتم بأن حل المحلية حق المرأة ، بل حق الزوج ، لأنه يشعر بكونه قابلا لملك الغير ، وهو حق المالك لا حق المملوك .

ولئن سلمنا أن حل المحلية حقها ، ولكن على الخصوص أو حقها وحق الزوج ؟ ع م .

بيانه أن حل المحلية كما هو حق المرأة ، لكونه وسيلة إلى نفعها ، فهو حق الزوج لكونه[٢] وسيلة إلى نفعه ، فكان مشتركا[٣] بينهما ، فلا يتنصف برق المرأة .

ولئن سلمنا أن حل المحلية نعمة فى حقها ، ورقها يؤثر فى تنصيفها - ولكن فى

= وتتكامل بحريتها بالإجماع . وإنما الخلاف فى الطلاق » وقال أيضاً ، ٢ : ٣٦٠ ــ ٣٦٤ : « وأما (عدة الوفاة) فى حق الزوجة الأمة : فشهران وخمسة أيام كان زوجها حرا أو عبدا ، لأن العدة تتنصف بالرق وتتكامل بالحرية ، ويعتبر فيها جانب النساء دون الرجال بالإجماع - وأما عدة الطلاق .. إن كانت الزوجة مملوكة للغير فعدتها حيضتان إن كانت من ذوات الأقراء : وإن لم تحض فشهر ونصف ... وأما فى حق الحامل : فعدتها وضع الحمل لا خلاف فى المطلقة لظاهر قوله : ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾، وقال عليه السلام : « طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان » وقال عمر رضى الله عنه : « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصف .. » .

(١) هنا هامش غير مقروء - لعل المقصود ما سيرد فى الجواب من أن الحر إذا تزوج بالأمة فإنه لا يجوز له بالإجماع أن يتزوج بالحرة .

(٢) فى الأصل : « لكونها » .

(٣) فى الأصل : « مشترك » .

التنصيف فى الجملة أم تنصيف نوع معين ؟ ع م . وهذا لأن الحرة[١] محل النكاح فى جميع الأحوال ، والأمة محل حال عدم الحرة لا حال قيامها . وإذا ثبت التنصيف / من هذا الوجه لا يثبت التنصيف فى نقصان العدد ، لأنه يؤدى إلى التنصيف مرتين ، فيكون تربيعا لا تنصيفا .

/٤١

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يوجب التنصيف – ولكن ههنا دليل آخر يأبى ذلك . وذلك لأن المرأة كما هى محل نكاح الرجل ، فالرجل محل نكاح المرأة . فإن نظرنا إلى جانب الأمة ينتقص العدد ، وإن نظرنا إلى جانب الرجل لا ينتقص ، فلا ينتقص بالشك .

ثم هذا معارض[٢] بقوله عليه السلام : « الطلاق بالرجال والعدد بالنساء » .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن المحلية حقها – قلنا : لأنها تنتفع بها مقصودا ونفع الزوج يقع ضمنا لا مقصودا ، فكان حقها .

وبه خرج الجواب عن قوله إنه مشترك .

قوله : ثبت التنصيف فى حق الأمة فى حق حل زمان دون زمان ، فلا يثبت التنصيف فى نقصان العدد – قلنا : ليس ذلك تنصيف بل التنصيف تنصيف الحل فى زمان واحد – دل عليه أن الحر إذا تزوج بالأمة ، فإنه لا يجوز له بالإجماع أن يتزوج بالحرة ، ولا يسمى ذلك تنصيفا ولا تربيعا ، مع أن المالكية حقها .

وأما سؤال المعارضة – قلنا : ذاك يشعر بكون الزوج محلا للنكاح ، بل [هو] مالك وعاقد ، ولا يسمى منكوحا .

وأما الحديث – فنحمله على أن إيقاع الطلاق بالرجال ، عملا بالدليل على أنه

(١) فى الأصل : « الحرية » .
(٢) « معارض » ساقطة من الأصل . وكذا أخذناها من عبارات المؤلف فى كثير من أمثال هذا الموضع .

معارض بما روت عائشة أن رسول الله ﷺ قال : « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان »[١] - أورده أبو داود وأبو عيسى وابن ماجة .

والله أعلم .

٤٨ ــ مسألة : تعليق الطلاق والعتاق بالملك جائز ، خلافا له[٢] .

والوجه فيه - أنه قصد إيقاع التصرف تطليقا عند الشرط ، والشرع جعله بسبيل من ذلك ، فيقع تطليقا عند الشرط - فيقع الطلاق ، قياسا على ما إذا قال لمنكوحته : إن دخلت الدار فأنت طالق .

١/٤٢ وإنما قلنا : إنه / قصد ، لأنه أتى بصيغة القصد .

وإنما قلنا : إن الشرع جعله بسبيل من ذلك - لأنه جعله بسبيل من إيقاع التصرف تطليقا عند الشرط فى المنكوحة ، لمعنى : ذلك المعنى موجود ههنا ، لأن الإنسان يحتاج إلى منع نفسه عن فعل من الأفعال لما يتعلق به من الضرر ، وربما لا يتمكن من الامتناع لو خلى وطبعه ، فيحتاج إلى مانع يمنعه من ذلك ، ووقوع الطلاق والعتاق يصلح مانعا لما [قد يلحقه][٣] من المكروه .

---

(١) فى بلوغ المرام ، رقم ٩٥٣ ص ١٧٣ : « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » رواه الدارقطنى وأخرجه مرفوعا وضعفه . وأخرجه أبو داود والترمذى وابن ماجة من حديث عائشة ، وصححه الحاكم ، وخالفوه فاتفقوا على ضعفه .

(٢) قال السمرقندى فى التحفة ، ٢ : ٢٩٤ : « فأما التعليق فى الملك فصحيح بالإجماع .. وأما التعليق بالملك بأن قال لأجنبية : إن تزوجتك فأنت طالق - فإنه يصح عندنا . وعند الشافعى لا يصح . وكذلك إذا قال : كل امرأة أتزوجها فهى طالق . وقال مالك ، إن عم لا يجوز وإن خص جاز » وقال أيضا ، ٢ : ٤٠٠ « ... العتق المضاف إلى الملك كالمعلق فى الملك عندنا (أى يصح) خلافا للشافعى » .

(٣) موضعها بياض فى الأصل ، ويجوز أن تكون : « لما يفعله » .

فإن قيل : قولكم بأن الإنسان قد يحتاج إلى منع نفسه عن فعل ، فيحتاج إلى مانع – قلنا : لم قلتم بأنه أمكن دفعها بهذا الطريق . وبيانه – وهو أنه إنما يمكن دفعها بهذا الطريق أن لو تصور وجود النكاح على تقدير تعليق الطلاق به – فلم قلتم بأنه يتصور ؟ . وبيان عدم التصور من وجوه :

أحدها – أن الطلاق إذا تعلق بالنكاح ، صار الطلاق مقارنا للنكاح ، لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط مقارنا له ، والطلاق إذا قارن النكاح يمنع وجوده .

والثانى – أن النكاح إنما ينعقد إذا كان مفيدا للمقاصد المطلوبة ، وهذا النكاح لا يفيدها .

والثالث – أن النكاح إذا كان بحال يتصل به الطلاق ، صار فى معنى نكاح المتعة ، وإنه مفسوخ .

ولئن سلمنا بأنه أمكن دفعها بهذا الطريق ، ولكن تعين طريقا أم لم يتعين ؟ ع م .

وبيانه – وهو أن له طريقين : أحدهما – اليمين بالله ، وإنه مشروع . والثانى – وهو اليمين بالطلاق ، وإنه محظور لقوله عليه السلام : ملعون من حلف بالطلاق – وحلف به بلا اتصال[١] لدفع الحاجة إليه دون الطريق المشروع .

ثم هذا معارض بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ أنه قال : « لا / طلاق إلا فيما تملك . ولا عتق إلا فيما تملك . ولا وفاء نذر إلا فيما تملك » – أورده أبو داود وأبو عيسى[٢] . /٤٢

---

(١) فى الأصل كذا : « للاتصال » وقد أخذناها مما تقدم .

(٢) فى بلوغ المرام ، رقم ٩٢٢ ، ص ١٦٧ : « وعن جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك » رواه أبو يعلى – وصححه الحاكم وهو معلول . وأخرج ابن ماجة عن المِسْوَرِ بن مَخْرَمة مثله وإسناده حسن ، لكنه معلول أيضا » ورقم ٩٢٣ ص ١٦٧ : « وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق له فيما لا يملك ، ولا طلاق له فيما لا يملك » =

الجواب :

قوله : لم قلتم بأنه أمكن دفع هذه الحاجة بهذا الطريق ؟ – قلنا : لأنه متى تعلق الطلاق بنكاحها يمتنع عن النكاح غالبا وظاهرا .

قوله : لم قلتم بأنه يتصور وجود النكاح ؟ – قلنا : لأن وجود النكاح بصدور الركن من أهله ، وهذه الأوصاف لا تختل بتعلق الطلاق .

قوله : بأن الطلاق يصير مقارنا له – قلنا : لا نسلم ، بل الطلاق يقع بعده بزمانين – بيانه : أن الطلاق حَز(١) . النكاح ، وحَز(٢) الفعل يوجد بعده ، لا مقارنا له .

قوله : بأنه لا يفيد المقصد – قلنا : لا يفيد قطعاً أم محتملاً ؟ – ع م . وهذا لأن نكاح الصغير والمجنون والخَصِيُّ والمشرق بالمغربية(٣) – يجوز لاحتمال حصول المقصود نادرا . ولهذا قلنا : لو جاءت فى هذه الصورة التى تنازعنا فيها بولد لستة أشهر يثبت النسب .

على أنا لو فرضنا الكلام فيما إذا قال : إن تزوجتك فأنت طالق بعده لسنة ، سقط السؤال .

قوله : بأنه فى معنى نكاح المتعة – قلنا : لا نسلم – بأن نكاح المتعة هو النكاح الموقت ، ولا تأقيت فى هذا النكاح ، وصورته غير هذه الصورة .

قوله : اليمين بالله تعالى طريق المنع – قلنا : اليمين بالله تعالى ربما لا تمنع(٤) ، لقيام الكفارة .

= أخرجه أبو داود والترمذى وصححه . ونقل عن البخارى أنه أصح ما ورد فيه » – راجع فى ذلك : سبل السلام ، ٣ : ١٠١٦ – ١٠١٨ ص ١٠٩٤ – ١٠٩٦ وفى الاصل : « لاطلال » وفى مختار الصحاح .. أطِلَّ دمُه وطَلَّه وأطلّه أهدره . وفى المعجم الوسيط . « الطَّلاء وأصله الطَّلال : الدم المطلول » .

(١ – ٢) حَزَّه حَزًّا قطعه – مختار الصحاح . وفى الأصل كذا : « حزو النكاح وحزو الفعل .. » وفى المعجم الوسيط : حزا حَزْوا تكهن وحزا الشيءَ قدره تخمينا .

(٣) فى الأصل غير واضح الجزء الأخير من كلمة « بالمغربية » .

(٤) فى المعجم الوسيط : اليمين مؤنثة .

قوله : الطلاق محظور - قلنا : بلى ، ولكن لغيره لا لعينه . ولهذا لا يمنع تعليق طلاق المنكوحة بدخول الدار .

وأما الحديث - قلنا : المراد منه التنجيز دون التعليق ، لأنه نفى الطلاق مطلقاً ، والطلاق المطلق هو التنجيز دون التعليق ، وإنهم كانوا يعقدون ذلك فى الجاهلية .

والله أعلم .

٤٩ ـــ **مسألة**: الكنايات كلها بوائن إلا قوله : اعتدى - واستبرى رحمك - وأنت واحدة[١] .

والوجه فيه - أن هذا التصرف أعنى به قوله : « أنت بائن » تصرف إبانة ، فوجب أن / يقع به البينونة وينقطع به النكاح ، قياسا على ما إذا قال لها ذلك ، قبل الدخول بها أو بعد الدخول على مال . ١/٤٣

وإنما قلنا إنه تصرف إبانة - وذلك لأنه إخبار صادر عن عاقل مكلف بصريح الإبانة ، فوجب الحكم بالإبانة ، تصديقا له فى إخباره ، وتصحيحا لتصرفه ، وتحصيلا لمقصوده .

فإن قيل : قولكم بأنه تصرف إبانة - قلنا : لا نسلم .

قوله : أتى بصريح الإبانة - قلنا : يحتمل أنه أراد الإخبار كقوله[٢] : أنت قائم وقاعد ، ويحتمل أنه أراد الإنشاء ، فلا يكون حجة .

ولئن سلمنا أنه تصرف إبانة ، ولكن لم قلتم بأنه يقع به البينونة ؟ .

---

(١) انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٢٥٨ - ٢٥٩ و ٢٦٧ وما بعدها . وفيه « أنت واحدة أى أنت طالق طلقة واحدة » . وسيأتى فى آخر هذه المسألة قوله : « وقوله : أنت واحدة ، معناه : أنت طالق طلقة واحدة » .

(٢) فى الأصل « لقوله » .

وأما القياس على ما قبل الدخول - قلنا : الفرق ظاهر ، لأن هذا التصرف قبل الدخول فسخ ملك النكاح ، كالمبيع قبل القبض . ولهذا لو قال لها قبل الدخول بها : أنت طالق ثبتـ [ـت] البينونة .

وأما بعد الدخول على مال ، فهو معاوضة ، وقضية المعاوضة ثبوت الملك فى العوضين فى الحال تحقيقا للتساوى ، ومن ضرورة ذلك ثبوت البينونة ، لا أن يكون التصرف إبانة ابتداء . وصار كقوله : اعتدى - واستبرى - وأنت واحدة هـ .

الجواب :

قوله : يحتمل الإخبار ويحتمل الإنشاء - قلنا : هذه الصيغة موضوعة للإنشاء لا للإخبار ، كما فى قوله : بعت وأعتقت وغيرها - فكل ذلك إنشاء لا إخبار - كذا هذا .

قوله : بأن الإبانة قبل الدخول فسخ ، وبعده على مال معاوضة - قلنا : النكاح لا يقبل الفسخ والمعاوضة ، ولهذا لم يترتب عليه أحكام الفسخ والمعاوضة .

ولئن سلمنا أنه فسخ ، ولكنه إبانة أيضا ، واللفظ ينبىء على[1] الإبانة ، لا على الفسخ والمعاوضة .

وأما قوله : اعتدى واستبرى رحمك - وأنت واحدة - قلنا : هذا لا ينبىء عن إزالة الملك : ملك النكاح وإبانة وُصْلة[2] / النكاح ، بل هو دليل الطلاق ، لأن الأمر بالعدة واستبراء الرحم لا يكون إلا بعد الطلاق ، فيقع الطلاق اقتضاء . ٢/٤٣

وقوله : « أنت واحدة » - معناه : أنت طالق طلقة واحدة ، فكان الواقع هو الطلاق ، أما ههنا بخلافه .

---

(١) سيأتى بعد قليل : « ينبىء عن » ولعلها الأصح .

(٢) بينهما وُصْلَة أى اتصال وذريعة . وكل شىء اتصل بشىء فما بينهما وُصْلة والجمع وُصَل - مختار الصحاح .

٥٠ ــ **مسألة**: الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء . وهو صريح الطلاق .

والوجه فيه – أن النكاح قائم من كل وجه ، فيحل وطؤها ، كما قبل الطلاق .

وإنما قلنا ذلك – لأن الزوج يملك مراجعتها بغير رضاها ، لقوله تعالى : ﴿وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك﴾ (١) جعل الزوج المطلق أحق بالرد . فالرجعة هى الرد لغة ، فكان الزوج أحق بالرجعه بقضية(٢) النص مطلقا ، من غير اشتراط رضاها . وحق المراجعة بدون رضاها يدل على بقاء النكاح من كل وجه ، لأن النكاح لو كان زائلا من كل وجه أو من وجه لكانت الرجعة بدون رضاها إنشاء النكاح عليها بدون رضاها ، والدليل يأبى ذلك . وإذا كان النكاح قائما من كل وجه يحل الوطء لقوله تعالى : ....(٣) .

فإن قيل : قولكم بأن النكاح قائم من كل وجه – قلنا لا نسلم .

قوله : يملك مراجعتها بغير رضاها – قلنا : لا نسلم .

وأما النص – قلنا : لفظة الرد تقتضى زوال النكاح لأن الرد إعادة إلى الحالة الأولى ، وذلك إنما يكون بعد تبدل الحالة ، وذلك بزوال النكاح ، لأن النكاح لو كان قائما كان الحال بعد الطلاق كالحال قبله ، فلا يتصور ردها .

---

(١) البقرة : ٢٢٨ .

(٢) فى الأصل كذا : « بقصه » .

(٣) العبارة أو الآية غير مقروءة رغم المحاولات . ولعل المقصود ، إن كانت آية ، قوله تعالى : ﴿ والذين هم لفروجهم حافظون . إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ﴾ المؤمنون : ٥ – ٦ والمعارج : ٢٩ – ٣٠ . ﴿وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحا ﴾ البقرة : ٢٢٨ . ولعل الأخيرة هى المقصودة لقوله فيما يلى : « لفظة الرد ... » وهى الواردة فى الآية الأخيرة (البقرة : ٢٢٨) . وانظر أيضا : ابن قدامة ، المغنى (الطبعة المستقلة) جـ ٧ ، كتاب الرجعة ، ص ٢٧٨ و ٢٨٢ .

ولئن سلمنا أنه يملك مراجعتها ، ولكن لم قلتم إن النص يقتضى أنه يملك مراجعتها بغير رضاها ؟ .

ولئن سلمنا أنه يملك مراجعتها بغير رضاها ، ولكن لم قلتم بأن ذلك يقتضى بقاء النكاح ؟ .

قوله : لو كان النكاح زائلا ، لكان هذا إنشاء النكاح من غير رضاها – قلنا : لا نسلم ، بل يكون هذا فسخا للطلاق ، ومن ضرورة فسخ الطلاق عود النكاح ، كالأمة إذا وهبها مولاها من زوجها / يزول النكاح ، فإذا رجع فى هبته يعود النكاح من غير إنشاء – كذا هنا .

١/٤٤

ولئن سلمنا أن حق الرجعة يدل على قيام النكاح ، ولكن تسميتها « مطلقة » يدل على زواله ، لأن الطلاق ضد النكاح .

ولئن سلمنا أن النكاح قائم من كل وجه ، ولكن لم قلتم بأنه يحل وطؤها – ألا ترى أن الوطء حالة الحيض والنفاس والظهار حرام مع قيام النكاح ؟ .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على حل الوطء ، ولكن ههنا دليل يدل على حرمة الوطء ، لأنا أجمعنا على أنه لا يحل للزوج الخلوة معها والمسافرة معها ولو جاءت بولد إلى سنتين يثبت النسب ولا يصير مراجعا ولو لم يحرم الوطء لصار مراجعا .

الجواب :

قوله : لفظ الرد يدل على زوال النكاح – قلنا : لا نسلم – بيانه : وهو أن الرد إعادة لها إلى الحالة الأولى فيقتضى تبدل الحالة ، لا زوال النكاح .

قوله : لم قلتم بأن النص يقتضى مراجعتها بغير رضاها – قلنا : لأن النص يقتضى مراجعتها ، فعندنا : يحل وطؤها ، وعندكم يجوز عقد النكاح عليها من غير رضاها ، فانعقد الإجماع على أن رضاها ليس بشرط .

قوله : بأن الرجعة فسخ الطلاق – قلنا : عنه جوابان :

أحدهما : أن الطلاق لا يحتمل الفسخ ، لأنه إسقاط ، وإسقاط الإسقاط لا يتصور ، بخلاف مسألة الهبة : فإن الملك قائم فيتصور فسخه .

والثانى – إن كان الطلاق قابلا للفسخ ، ولكن الدليل ينفى ذلك ، لما فيه من إعادة الملك عليها بدون رضاها .

قوله : تسميتها « مطلقة » يدل على زوال النكاح – قلنا : تسميتها « مطلقة » ترك العمل بحقيقتها بالإجماع ، لأن المطلقة مرتفعة القيد من كل وجه ، والقيد ههنا باق من وجه بالإجماع .

وأما حرمة الوطء بسبب الظهار والحيض – قلنا : الخلاف فى الحرمة بسبب زوال الملك ، فإن الوطء فى حالة الحيض والنفاس والظهار / ليس بحرام إنما المحرم شىء آخر . ٢/٤٤

وأما الخلوة – قلنا : إن كانت المراجعة قصده يحل ، وإلا فيكره ، لأنه ربما يقع نظره عليها بالشهوة ، فيصير[١] مراجعا بغير اختياره ثم يطلقها ، فيؤدى إلى تطويل العدة عليها ، فتتضرر بذلك .

وأما المسافرة – يملك ذلك : إن كان من قصده المراجعة يحل وإلا فيكره ، لأنه ربما تنقضى عدتها ، فتبقى مع غير محرم .

وأما إذا جاءت بولد لسنتين : إنما لا يصير مراجعا ، لأنه يحتمل أنه حصل بوطء قبل الطلاق ، فلا يصير مراجعا . ويحتمل أنه حصل بوطء بعد الطلاق فيصير[٢] مراجعا ، فلا تثبت الرجعة بالشك والاحتمال ، حتى لو زال هذا الاحتمال : إن جاءت بولد لأكثر من سنتين يثبت النسب ويصير مراجعا .

٥١ ــ **مسألة** : إذا طلق امرأته فى مرض موته طلاقاً بائناً ، فمات وهى فى العدة – ترث .

(١ – ٢) فى الأصل : « فيصر » .

والوجه فيه - أنه قصد إبطال حقها ، فلا يبطل حقها فى الإرث .

وإنما قلنا ذلك - لأنه قصد إبطال النكاح ، والنكاح سبب حقها أو شرط حقها ، والسبب هو الموت ، وإبطال سبب حق الغير أو شرط حقه إضرار به ، فوجب الحكم بتأخير عمل الطلاق فى هذا الحكم إلى ما بعد انقضاء العدة دفعا للضرر .

فإن قيل : قولكم بأنه قصد إبطال النكاح ، والنكاح سبب حقها - قلنا : لا نسلم ، بل سبب حقها هو الموت ، ولا يمكن إبطاله .

ولئن سلمنا أنه إبطال سبب حقها ، ولكن قصدا وابتداء أم ضمنا وبقاء ؟[١] ع م - فصار كإعتاق العبد المشترك[٢] ، والطلاق فى الصحة .

ولئن سلمنا أنه إبطال السبب ، ولكن إبطال سبب اتصل به حكم أم لا ؟ ع م - ولكن سبب لم يتصل به حكم منع من الوصول إلى النفع[٣] ، فلا يمنع - كما إذا قال لعبده : « إذا جاء غد فأنت حر » ، ثم باعه قبل الغد ، يجوز - كذا هنا .

١/٤٥ ولئن سلمنا أنه / إبطال حقها وهو حرام - ولكن لم قلتم بأنه لم يترتب عليه حكمه كإرسال[٤] الثلاث على مذهبكم .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أنها ترث ، ولكن هنا دليل يأبى ذلك ، لأن النكاح قد ارتفع ، فلا ترث ، بدليل أنه لو وطئها يجب عليه الحد ، ولو ماتت المرأة لا يرث الزوج ، ولو كان الطلاق بسؤالها لا ترث ، ولا ترث بعد انقضاء العدة .

---

(١) هذه الكلمة غير واضحة فقد تكون كذلك « وبقاء » وقد تكون « تبعا » . وقد رجحنا « وبقاء » لمقابلتها لكلمة « وابتداء » .

(٢) راجع : « الإعتاق بين الشريكين أو الشركاء » فى التحفة ، ٢ : ٣٨٩ وما بعدها .

(٣) فى الأصل كذا : « النمع » . ولعلها ما أثبتناه فى المتن .

(٤) هذه الكلمة « كإرسال » غير واضحة . وراجع فيما تقدم « مسألة إرسال الطلقات الثلاث جملة حرام » رقم ٤٦ ص ١١١ - ١١٣ .

الجواب :

قوله : سبب حقها هو الموت ولم يوجد - قلنا : الموت وإن لم يوجد ، ولكن وجد سببه وهو المرض ، والمرض سبب سبب الإرث ، فيضاف الإرث إليه بواسطة ، وإبطاله ممنوع عنه ، لأن مرض الموت إذا كان سببا ، كان النكاح شرطا للإرث ، فإبطاله يكون حراما - لما مر .

قوله : قصدا أم ضمنا - قلنا : وإن كان ضمنا ولكن أمكن إثبات حقها بأن نقول : ببطلان النكاح فيما يرجع إلى حق الزوج ، وبقاء النكاح فيما يرجع إلى حق المرأة - بخلاف إعتاق العبد المرهون والمشترك ، فإنه لا يمكن .

قوله : هذا إبطال سبب اتصل به حكمه أم لم يتصل ؟ قلنا : سواء اتصل به حكمه أم لم يتصل ، فإبطال سبب حق الإنسان ممنوع ، لكونه إضرارا .

وأما إذا قال لعبده : إذا جاء غد فأنت حر - فهذا ليس بسبب فى الحال ، بل عند وجود الشرط - على ما عرف .

قوله : لم قلتم بأنه لم يترتب عليه حكمه ؟ - قلنا : لأنه إضرار .

أما فصل الحد(١) - فتخريجه ما مر فى مسألة نكاح الأخت(٢) .

وإنما لا يرث الزوج ، لأن النكاح ارتفع فى حقه ، لأنه رضى به .

أما إذا طلقها بسؤالها ، فقد رضيت ببطلان حقها ، فيبطل .

وأما إذا انقضت العدة - قلنا : ثمة لم يكن القول ببقاء النكاح أصلا ، لارتفاع أحكامه - أما ههنا بخلافه .

(١ ـــ ٢) المقصود بـ « فصل الحد » قوله فيما تقدم (ص ١٢٤) قبل الجواب : « ... بدليل أنه لو وطئها يجب عليه الحد » - وراجع فيما تقدم ص ٩٢ - ٩٤ مسألة « نكاح الأخت فى عدة الأخت عن طلاق بائن لا يجوز » .

وأما الطلاق فى حال الصحة إنما يقع ، لأنه ليس بقاطع لحقها فى الإرث .

والله أعلم .

٢/٤٥ ٥٢ ـــ **مسألة**: إذا قال / لامرأته قبل أن يدخل بها : إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق – فدخلت الدار قبل الدخول بها ، لا يقع إلا تطليقة واحدة .

والوجه فيه – أنه علق الثلاث بالشرط بحرف الواو للجمع المطلق فعلا . والجمع المطلق قد يكون بصفة الترتيب ، وقد يكون بصفة القران عرفا . كما إذا قال : جاءنى زيد وعمر وبكر ، فإنه يستعمل للقران والترتيب جميعا .

فعلى تقدير أن يكون للقران يقع الثلاث ، وعلى تقدير أن يكون للترتيب لا يقع إلا واحدة ، فلا يقع الثلاث بالشك . كما إذا قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق .

فإن قيل : لا نسلم بأن المذكور ههنا يحتمل الترتيب ، وهو لأن التعليق للنزول عند الشرط ، ونزول الثلاث بصفة الترتيب غير متصور ، فلا يحتمل الترتيب فى التعليق – بخلاف قوله ثمة ، فإنه ليس بتعليق الثلاث بل هو تعليق الواحدة .

ولئن سلمنا أن المذكور يحتمل الترتيب ، ولكن إنما يبقى احتمال الترتيب إذا لم يكن القران مرادا ، وههنا صار القران مرادا ، بدلالة اللفظ ، لأنه يتوقف أول الكلام على آخره – دل عليه أنه لو قدم الجزاء بأن قال : أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار – صار القران مرادا ، لما ذكرنا – كذا هذا .

ولئن سلمنا أن احتمال الترتيب قائم – ولكن لم قلتم بأنه معتبر ، وإنما يكون معتبراً إذا لم يكن مخلا بغرضه ، وإنه مخل بغرضه ، لأن غرضه من تعليق الثلاث نزول الثلاث عند الشرط مطلقا ، والترتيب يمنع غرضه ، فلا يعتبر .

ولئن سلمنا أنه معتبر ، ولكن لم قلتم بأنه لا يقع الثلاث . وهذا لأنه عطف الثانى والثالث على الأول ، والعطف يقتضى الاشتراك ، فصار كما إذا قال لها : إن دخلت الدار

فأنت طالق واحدة ونصف واحدة ، فدخلت - يقع ثنتان .

وكذا لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة ، لا بل اثنتين ، فدخلت يقع الثلاث .

أو فرق فى ثلاثة أيام ، يقع الثلاث - كذا هذا .

الجواب :

قوله : / بأن نزول الثلاث بصفة الترتيب غير متصور ، فلا يحتمل الترتيب فى التعليق ١/٤٦
- قلنا : تعليق الثلاث يفتقر إلى احتمال النزول فى الجملة لا إلى النزول لا محالة . بدليل أنه لو قال : إن كلمت فلانا فأنت طالق يصح ، وإن مات فلان . واحتمال النزول ههنا ثابت فى الجملة ، حتى لو دخل بها ثم دخلت الدار يقع الثلاث وذلك يكفى لصحة التعليق .

قوله : توقف أول الكلام على آخره - قلنا : لا نسلم . وظاهر أنه لم يتوقف بدليل أنه لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق - لا يتوقف أول الكلام على آخره ، بخلاف ما إذا قدم الجزاء لأنه تعين أول كلامه أصلا وإنه تنجيز ويصير تأخيره تعليقا .

قوله : احتمال الترتيب مخل بغرضه - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن الغرض من تعليق الثلاث نزول الثلاث . وذلك على نوعين : أحدهما - أن نزول الثلاث عند الشرط قبل الدخول بها . والثانى - بعد الدخول بها فلا يخل بالغرض ، لأنه قد يقصد نزول الثلاث على تقدير الدخول بها .

قوله : بأن العطف يقتضى الاشتراك - قلنا : يقتضى الاشتراك المطلق ، وهو أن يشارك الثانى الأول بأن يتعلق بعين ما تعلق به الأول .

وأما قوله : واحدة ونصف واحدة بمنزلة قوله « ثنتان » لا أن يكون عطف النصف على الواحدة .

وأما إذا قال واحدة لا بل اثنتين – قلنا : هذا ليس بعطف وجمع ، بل هو رجوع عن الأول – **أما ههنا بخلافه** .

٥٣ ــ **مسألة**: إذا قال لامرأته : « أنا منك طالق » لا يقع الطلاق ، وإن نوى ، خلافا له .

وأجمعوا على أنه لو قال : « أنا منك بائن » أو « أنا عليك حرام » : إذا نوى ، يقع .

والوجه فيه – أن حكم الطلاق لو ثبت فى المرأة لا يخلو : إما أن يثبت ابتداء أو بناء على ثبوته فى الرجل :

لا وجه للأول – لأنه ما أضاف الطلاق إلى المرأة .

ولا وجه للثانى – لأنه لم يثبت حكم الطلاق فى الرجل ، لأن حكم الطلاق زوال القيد / ولا قيد على الرجل ، فلا يثبت بناء . ٢/٤٦

فإن قيل : لا نسلم بأنه لا يثبت حكم الطلاق فى المرأة ابتداء .

قوله : ما أضاف الطلاق إلى المرأة – قلنا : حقيقة أم مجازا ؟ م ع . وبيان المجاز من وجهين :

أحدهما – أن يجعل قوله « أنا منك طالق » مجازا عن قوله « أنا منك بائن » .

والثانى – أن يجعل مجازا عن قوله « أنت منى طالق » لما بينهما من الاتصال .

ولئن سلمنا أنه لا يثبت حكم الطلاق فى المرأة ابتداء ، لم قلتم بأنه لا يثبت بناء ؟ .

قوله : حكم الطلاق لا يثبت فى الرجل ، لأنه إزالة القيد – قلنا : هذا كل حكم الطلاق أم بعضه ؟ ع م . وهذا لأن حل الاستمتاع أيضا من أحكام الطلاق ، وإنه ثابت فى الرجل للمرأة بالنكاح .

ولئن سلمنا أن هذا كل حكم الطلاق ، ولكن لم قلتم بأنه لا قيد على الرجل ؟ — وبيانه : وهو أنه مقيد بسبب الإنفاق عليها ، محجور عن التزوج بأختها وأربع سواها وعن التزوج بمحارمها وعن نكاح الأمَةَ عليها .

الجواب :

قوله : طريق المجاز موجود بين اللفظين — قلنا : لا نسلم بأن ما ذكره من الوجهين طريق المجاز .

ولئن سلمنا أنه وجد طريق المجاز — ولكن إنما يحمل اللفظ على المجاز إذا تعذر حمله على الحقيقة . وههنا أمكن حمله على الحقيقة ، لأن قوله « أنا منك طالق » إخبار عن كونه منطلقا عن قيدها ، وهو صادق فيه ، لأنه لا قيد عليه منها ، فلا حاجة إلى المجاز .

قوله : هذا كل حكم الطلاق أم بعضه ؟ قلنا : الجواب عنه ما مر فى مسألة إضافة الطلاق[1] .

قوله : لم قلتم بأن قيد النكاح والحجر غير ثابت فى الرجل ؟ قلنا : لأن الدليل ينفى القيد على الحر ، إلا أنا توافقنا على ثبوت القيد فى جانب المرأة ، ففيما عداها نتمسك بقضية[2] الدليل .

قوله بأنه مقيد بما ذكر من الأحكام — قلنا : المعنى من القيد أن يكون عاجزا عن الانطلاق ، والرجل غير عاجز عن الانطلاق ، لأنه قادر على[3] إزالة هذه القيود ، لأن الطلاق فى يده ، ولا كذلك المرأة / ، لعجزها عن تطليق نفسها شرعا . /٤٧

والله أعلم .

(١) راجع فيما تقدم : مسألة إضافة الطلاق ، رقم ٤٤ ص ١٠٥ — ١٠٧.

(٢) فى الأصل كذا : « بقيضه » .

(٣) فى الأصل : « عن » وفى مختار الصحاح : « قدر على » وفى القرآن الكريم ﴿ لا يقدر على شيء ﴾ النحل : ٧٥ و ٧٦ وغيرها .

٥٤ ـــ **مسألة:** ظهار الذمى لا يصح حتى لا يحرم الوطء أصلا .

والوجه فيه – أن حرمة الوطء لو ثبتت موجبا للظهار فى حق الذمى – إما أن تثبت مطلقا ، أو موقتا إلى غاية التكفير بالصوم .

لا وجه للأول – لأن الظهار ، حيث شرع ، ما شرع على وجه يفيد حرمة الوطء أصلا ، بل موقتا .

ولا وجه للثانى – لأن الذمى ليس بأهل للتكفير بالتحرير(١) ، لأن خَلَفه الصوم(٢) ، والصوم عبادة ، والذمى ليس من أهل العبادة ، لأن حكم العبادة الثواب ، وهو ليس من أهله .

فإن قيل : قولكم بأنه لا يثبت حرمة الوطء فى حق الذمى مطلقا – قلنا : لا نسلم .

قوله : بأن الظهار ما شرع على وجه يفيد الحرمة مطلقاً لا موقتا – قلنا : فى حق الذمى أم فى حق المسلم ؟ ع م .

ولئن سلمنا أنه لا يثبت مطلقا – لم قلتم إنه لا يثبت مؤقتا إلى غاية التكفير ؟ .

قوله : الذمى ليس بأهل لذلك – قلنا : ليس بأهل لتحرير هو عبادة أم لتحرير ليس بعبادة ؟ م ع وهذا لأن الكافر أهل للتحرير حتى يثبت له الولاية ، وإن لم يكن أهلا لخلفه وهو الصوم ، كما هو أهل للوضوء دون التيمم .
ولئن سلمنا أنه ليس بأهل للتحرير – لم قلتم بأنه ليس بأهل للصوم ؟ .

---

(١) قال تعالى فى سورة المجادلة : ٣ ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة ... ﴾ وتحرير الرقبة عتقها – مختار الصحاح والمعجم الوسيط – راجع ، السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٣١٧ وما بعدها ، إذ قال : ومن شرائط صحة الظهار أن يكون المظاهر مسلما – انظر الهامش التالى .

(٢) قال تعالى : ﴿ فمن لم يجد (رقبة ليحررها) فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ... ﴾ المجالدة : ٤ – راجع فيما تقدم الهامش ١ .

قوله : الصوم عبادة – قلنا : لم قلتم بأن هذا الصوم عبادة ؟ .

ولئن سلمنا أنه عبادة ، ولكن لم قلتم بأنه ليس بأهل لها ؟ .

قوله : حكم العبادة الثواب – قلنا : حكم هذه العبادة لا نسلم ، بل حكمها انتهاء حرمة الظهار .

ولئن سلمنا أن حكمها الثواب ولكن ثواب هو الجنة أم تكفير ذنب الظهار ؟ ع م . ولكن الذمى أهل لتكفير ذنب الظهار لأن الظهار كان طلاقا فى الابتداء ، والذمى أهل للطلاق ، ولأنا أجمعنا على أن المسلم إذا ظاهر من امرأته ثم ارتد يبقى الظهار ، حتى لو كفر ثم أسلم يجوز . ولأنه أهل للإيلاء[١] .

٢/٤٧

/ الجواب :

قوله : حرمة الظهار لا تثبت مطلقا فى حق المسلم أم فى حق الذمى – قلنا : هذا التقسيم ضائع ، لأن حكم الظهار فى ذاته لا يختلف بالإضافة إلى شخص دون شخص – دل عليه أنه لا يزيل ملك النكاح بالإجماع ، فلا يفيد الحرمة المطلقة .

قوله : الذمى ليس بأهل لتحرير هو عبادة أم لتحرير ليس بعبادة[٢] – قلنا : الذمى ليس بأهل للتحرير الذى ينتهى به الحرمة . وإذا لم يوجه ينتهى بالصوم . ويقوم الصوم مقامه ، لأنه حكم الظهار حرمة تنتهى بوجود الصوم عند انعدام الرقبة والذمى ليس بأهل لذلك .

قوله : لم قلتم بأن هذا الصوم عبادة – قلنا : لأن الصوم لم يشرع إلا عبادة مقرونة بنية التقرب إلى الله تعالى ، وإنه ليس بأهل له .

قوله : لم قلتم بأن حكم هذه العبادة الثواب – قلنا : لأن كل صوم سبب لاستحقاق

---

(١) الإيلاء فى اللغة اليمين ، وفى الشرع عبارة عن اليمين على ترك الوطء فى الزوجة مدة مخصوصة (أربعة أشهر) ، بحيث لا يمكنه الوطء إلا بحنث يلزمه بسبب اليمين . ويجوز الإيلاء من الذمى أيضاً – انظر السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٣٠٥ وما بعدها .

(٢) فى الأصل كذا : « بعباد » .

الثواب بقضية النصوص .

قوله : ثواب هذه العبادة تكفير ذنب الظهار - قلنا : تكفير الذنب لا يكون ابتداء ، بل بواسطة كونه سببا للثواب ، حتى يصير ما استحقه من الثواب مقابلا بما استحقه من العقاب .

قوله : حكم الظهار كان طلاقا فى الابتداء - قلنا : بلى ، ولكن قد انتسخ ذلك فى حق المسلم والذمى جميعا بالإجماع .

وأما إذا ظاهر ثم ارتد : فعند أبى يوسف ومحمد بطل الظهار . وعند أبى حنيفة لا يبطل الظهار ، لأنه صح لشرطه ، وهو الإسلام ، والردة لا تمنع بقاءه . وأما صحة التكفير عند أبى حنيفة لا يصح[1] .

وأما الإيلاء [فـ] يصح فى حق الطلاق لا فى حق الكفارة[2]

٥٥ ــ **مسألة**: المختلعة[3] يلحقها صريح الطلاق ما دامت فى العدة[4] .

والوجه فيه - أنه قصد إيقاع التصرف تطليقا ، فى محل قابل للتطليق ، فوجب أن يقع ، قياسا على ما بعد الطلاق الرجعى .

وبيان أنه قصد - أن صحة القصد ثابتة . ودليل القصد ثابت ، وهو الإقدام .

وبيان أن المحل قابل - لأن المحل القابل للتطليق محل فيه قيد النكاح ، وقيد النكاح

---

(١) انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٣١٦ وما بعدها .

(٢) انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٣٠٥ وما بعدها .

(٣) خالعت المرأة بعلها أرادته على طلاقها ببدل منها له . فهى خالع . وقد تَخَالعا واختلعت فهى مُخْتَلِعة - مختار الصحاح . وانظر السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٢٩٩ وما بعدها .

(٤) قال أستاذنا المرحوم أحمد إبراهيم فى « أحكام الأحوال الشخصية » طبعة ١٩٢٥ فى آخر البند ٤٥١ ص ٣١٠ : « ٤ ــ والمختلعة يلحقها صريح الطلاق عند أصحابنا خلافا للأئمة الثلاثة » .

قائم ، لأن أثره قائم ، وهو المنع من الخروج والتزوج بزوج آخر / .

١/٤٨

فإن قيل : لا نسلم بأن المحل قابل .

قوله : لأن أثره قائم ، وهو المنع من الخروج - قلنا : لا نسلم بأن هذا أثر قيد النكاح بل هو حكم الوطء .

ولئن سلمنا أن الأثر قائم - ولكن لم قلتم بأن المؤثر قائم ؟ .

ولئن سلمنا أن قيام هذا الأثر يدل على بقاء قيد النكاح ، ولكن الخلع يدل على زواله بأبلغ الوجوه .

والدليل على زواله الأحكام :

منها - وجوب الحد إذا وطئها .

ومنها - إذا قال : كل امرأة لى طالق ، لا يدخل المختلعة .

ولو قال لامرأته : كل امرأة أتزوجها عليك طالق - فخالعها ، ثم تزوج ، لا يحنث .

ولئن سلمنا أن قيد النكاح قائم ، ولكن حقا للشرع أم حقا للعبد ؟ م ع . والدليل على أنه حق للشرع أنه لا يسقط بإسقاطه ، والقيد الثابت لحق الشرع لا يكون محلا للطلاق ، كما فى النكاح الفاسد . وصار هذا كما إذا قال لها : « أنت بائن » فإنه لا يلحقها .

الجواب :

أما الجواب عن الأول والثانى - ما مر فى مسألة نكاح الأخت[١] .

وكذلك الجواب عن مسألة الحد[٢] .

وأما مسألة الطلاق - قلنا : أضاف الطلاق إلى امرأة مضافة إليه مطلقا ، فيقتضى قيام النكاح ، فى حق جميع الآثار .

(١ ــ ٢) راجع فيما تقدم « مسألة - نكاح الأخت .. » رقم ٣٩ ص ٩٢ - ٩٤ .

وكذلك المسألة الثالثة ، لأن شرط الطلاق التزوج عليها مطلقا .

وأما قوله : بقى حقا للشرع أم حقا للعبد - قلنا : حقا للعبد لا وسيلة إلى حقه وهو الولد . إلا أنه تأكد لحق الشرع ، حتى لا يزول بإزالة الزوج .

وأما إذا قال لها : « أنت بائن » - قلنا : هذا يقتضى قيام وُصْلَة[١] **النكاح والحل** الثابت بالنكاح ، وقد زالت الوُصْلة وفات الحل بالخلع ، فلا يصح للإبانة والتحريم .

أما الطلاق - [ف] يقتضى قيامْ القيد ، وإنه قائم - على ما مر .

٥٦ ــ **مسألة**: إذا قال الرجل لامرأته : « طلقى نفسك واحدة » فطلقت ثلاثا - لا يقع شىء .

٢/٤٨ **والوجه فيه - أن المأتى**[٢] **/ به غير ما فوض إليها فيلغو . كما إذا قال لها : « طلقى نفسك »** - فقالت « اخترت نفسى » ، وإنما قلنا ذلك ، لأن المفوض إليها واحدة مفردة مقصودة وإنها أتت بواحدة ، هى بعض الثلاث ، وتبع لها ، والواحدة التى هى بعض الثلاث ، غير الواحدة المفردة المقصودة ، فكان المأتى به غير ما فوض إليها ، فلا يقع .

فإن قيل : قولكم بأن المفوض إليها واحدة مفردة وأنها أتت بواحدة هى بعض الثلاث - قلنا : لا نسلم بل المفوض إليها واحدة مطلقة ، لأنه أطلق اللفظ إطلاقا ، والمطلق يتناول الواحدة المفردة والواحدة التى هى بعض الثلاث ، كاسم الرقبة[٣] يتناول الهندية والتركية .

---

(١) راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ١٢٠.

(٢) الإتيان المجىء . قال تعالى : ﴿ إنه كان وعده مأتيا ﴾ مريم : ٦١ أى آتيا . وتقول : أتيت الأمر من مأتاه يعنى من وجهه الذى يؤتى منه ، وأتى الأمر فعله - مختار الصحاح والمعجم الوسيط .

(٣) الرقبة العُنُق . وجعلت فى التعارف اسما للمملوك أو المكاتَب تقول : أعتق رقبة : عبدا أو أمة - المعجم الوسيط ومختار الصحاح .

ولئن سلمنا أنهما متغايران هـ ، ولكن وصفا أم ذاتا ؟ م ع . فلم قلتم بأن المغايرة وصفا تمنع وقوع الطلاق ؟ .

والدليل على أنه لا تمنع أنه لو قال لها : طلقى نفسك ثلاثا ، فطلقت واحدة ، يقع .

ولئن سلمنا أن المغايرة فى الوصف مانعة ، ولكن هذا تغاير يخل بغرض الآمر أم لا ؟ ع م . وهذا لأن غرضه إيقاع الطلقة الواحدة ، وأنه حاصل بتلك الواحدة وبهذه ، لاتحاد أحكامهما ، كما إذا وكله ببيع عبده بألف ، فباعه بثلاثة آلاف .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أنه لا يقع ، ولكن ههنا دليل آخر يأبى ذلك ، وذلك أنا أجمعنا على أنه لو طلق زوجته ألفا ، يقع ثلاثا ، وإن كان الزوج ملكه الشرع ثلاثا .

وكذلك لو قالت فى هذه المسألة : « طلقت نفسى واحدة وواحدة » يقع واحدة — كذا هذا » إذ[١] الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع .

وكذا إذا أمر إنسانا أن يضرب عبده سوطا ، فضربه ثلاثا فمات ، سقط عنه ثلثا[٢] القيمة .

الجواب :

قوله : المفوض إليها واحدة مطلقة — قلنا : المفوض إليها واحدة مقصودة مفردة ، وهى غير الواحدة التى هى بعض الثلاث ، فلا يقع .

قوله : تغايرا ، وصفا أم ذاتا ؟ — قلنا : وإن تغايرا وصفا ، ولكن التغاير من حيث / الوصف يمنع النفاذ ، لأنه غير ما أمر به وصفا ، فلا يتناوله الأمر ، بخلاف ما إذا قال : « طلقى نفسك ثلاثا » فطلقت واحدة ، لأن الثلاث صارت مملوكة لها ، فإذا أتت بالواحدة ، فقد أوقعتها عن ملك .

١/٤٩

(١) فى الأصل : « إذا » .

(٢) يظهر أنها كانت : « ثلث » ثم جعلت « ثلثا » .

قوله : هذا تغاير يخل بغرض الآمر أم لا ؟ - قلنا : يخل بغرضه ، لأنه لا يخلو : إما أن تقع الواحدة مقصودة ، أو تبعا للثلاث - لا وجه للأول ، لأنها ما أتت بها . ولا وجه للثانى ، لأن(١) الواحدة التى هى تبع للثلاث لا يتصور وقوعها بدون الثلاث ، إذ لو وقعـ [ـت] بدون الثلاث تقع(٢) مقصودا ، بخلاف التوكيل ، لأنه مخالفة إلى خير . أما إذا طلقها ألفا ، فقد أتى بالثلاث مقصودا لا تبعا للألف ، لأنه إنما يكون تبعا أن لو كان الألف مشروعا ، كما إذا طلقها ثلاثا وتكلم بكلمة لغو بعده .

وأما إذا قالت : « طلقت نفسى واحدة وواحدة » لأنها إذا أتت بالواحدة ، انتهى الأمر ، فيلغو(٣) كلامها بعده .

والله أعلم .

٥٧ ــ **مسألة** : قال أبو حنيفة وأبو يوسف : المعتدة عن طلاق رجعى إذا كانت أيام حيضها دون العشرة ، فانقطع الدم فى أثناء الحيضة الثالثة ، لا تنقطع الرجعة بمجرد التيمم ، خلافا للباقين(٤) .

والوجه فيه - أن انقطاع الرجعة معلق بشرط حصول الطهارة ، ولم تحصل الطهارة بمجرد التيمم ، فلا تنقطع ، قياسا على ما قبل التيمم .

وإنما قلنا ذلك - لأن انقطاع الرجعة معلق بانقضاء العدة ، وانقضاء العدة معلق بالخروج عن الحيضة الثالثة ، والخروج عن الحيضة الثالثة معلق بحصول الطهارة ، ولم تحصل الطهارة ، لأن كون التيمم طهارة معلق بشرط عدم الماء إلى آخر الصلاة ، ولم يوجد هذا الشرط ، فانعدمت الطهارة .

(١) فى الأصل : « لأنه » .

(٢) « تقع » غير واضحة فى الأصل .

(٣) فى الأصل كذ : « فيلغوا » .

(٤) انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٢٦٤ وما بعدها . وفيه (ص ٢٦٥ - ٢٦٦) : « وعند محمد وزفر : تنقطع - والمسألة معروفة » .

فإن قيل : قولكم بأن كون التيمم طهارة معلق بشرط عدم الماء إلى آخر الصلاة – قلنا : لا نسلم .

وهذا لأنه لو كان كذلك ، يؤدى إلى إنسداد باب الصلاة بالتيمم ، لأنه لا صلاة إلا بالطهارة .

والدليل على أن التيمم طهارة مطلقاً ، / الكتاب ، والسنة ، والمعقول ، والحكم . ٢/٤٩

أما الكتاب – قوله تعالى : ﴿ فلم تجدوا ماء فتيمموا (الآية) ﴾[١] .

وأما السنة – قوله عليه السلام : « التراب طهور المسلم »[٢] .

وأما المعقول – أن التيمم خَلَف الماء ، وللخَلَف حكم الأُصل .

وأما الأحكام – أجمعنا على أنه يباح له قراءة القرآن ، ومس المصحف ، ودخول المسجد .

وصار كما إذا اغتسلت بسؤر الحمار[٣] ، أو اغتسلت[٤] وبقى لُمْعَة[٥] لم يصبها الماء ، فإنه تنقطع الرجعة . وكالكتابية إذا انقطع دمها ولم تجد الماء .

---

(١) النساء : ٤٣ . والمائدة : ٦ : ﴿ أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا ﴾ : وفى الأصل : « فإن لم تجدوا ... » .

(٢) فى بلوغ المرام ، رقم ١٠٧ ص ١٨ : « عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال : « ... وجُعلت لى الأرض مسجدا وطهورا فأيما رجل أدركته الصلاة فليصل » وفى حديث حذيفة عند مسلم : « وجعلت تربتها لنا طَهورا إذا لم نجد الماء » وعن على عند أحمد : « وجُعل التراب لى طَهورا » . وانظر : سبل السلام ، ١ : ١٥١ وما بعدها .

(٣) من السؤر المشكوك فى طهارته سؤر الحمار والبغل فى جواب ظاهر الرواية ، وعن الكرخى أن سؤرهما نجس . وقال الشافعى : طاهر – السمرقندى ، التحفة ، ١ : ١٠٣. وانظر ما يلى والهامش ١ ص ١٣٨ .

(٤) فى الأصل : « لو اغتسلت » .

(٥) اللُمْعة الموضع لا يصيبه الماء فى الوضوء أو الغُسل والجمع لُمَع ولِماع – المعجم الوسيط .

ولئن سلمنا أن كونه طهارة معلق بما ذكرتم ، ولكن الكلام فيما إذا وجد ذلك الشرط ، بأن تيممت وصلت ، ولم تجد الماء ، وكان الزوج راجعها قبل الصلاة .

الجواب :

أما قوله : كون التيمم طهارة معلقا بشرط عدم الماء ، إلى آخر الصلاة ، يؤدى إلى انسداد باب الصلاة بالتيمم – قلنا : حكمنا بحصول الطهارة قبيل الشروع فى الصلاة ، على خلاف الدليل ، لأن الدليل ينفى كون التيمم طهارة ، لأن الحدث قائم به مع التيمم ، بدليل أنه إذا رأى الماء فى خلال الصلاة يظهر حكم الحدث .

أما الآية – قلنا : يجرى التيمم مقيدا بحالة الصلاة .

وكذا الحديث – على أنه مقيد بعدم الماء ، ولا يتحقق العدم إلا بعد الفراغ من الصلاة ، لما ذكرنا .

قوله : بأن التيمم خَلَف عن الماء – قلنا : بلى – ولكن بشرط عدم الماء إلى آخر الصلاة ، لما ذكرنا .

وأما الأحكام فممنوعة : ولئن سلمت ، فلحصول الطهارة فى حق الصلاة ضرورة . وهذه الأحكام من لوازم الصلاة .

وأما سؤر الحمار – فمشكوك فى طهارته لتعارض الأدلة ، فرجحنا جانب انقطاع الرجعة احتياطا .[1]

---

(١) قال فى التحفة ، ٢ : ٢٦٤ – ٢٦٥ : « ولو اغتسلت بسؤر حمار : فلا تصح الرجعة ولا تحل للأزواج ، لأن سؤر الحمار مشكوك فيه . فكان الاحتياط فى باب الحرمة أن لا تصح الرجعة ، ولا تحل للأزواج .

ولو اغتسلت وبقى فى بدنها عضو ، كانت له الرجعة . وإن كان أقل من عضو فلا رجعة . وهذا استحسان ، والقياس أنه إذا بقى أقل من عضو أن تبقى الرجعة ، لأن الحدث باق ، حتى لا تحل لها الصلاة . هكذا روى عن أبى يوسف ، وقال محمد : الاستحسان فى العضو أنه لا تنقطع الرجعة ، والقياس أنه تنقطع كما فى المضمضة والاستنشاق – إلا أنهم استحسنوا وقالوا : لا تنقطع الرجعة لأن وجوب غسل العضو مجمع عليه ، فلا يكون الاغتسال معتبرا معه ، كما لو زاد على العضو » .

وراجع فيما تقدم الهامش ٣ ، ص ١٣٧ .

وأما إذا بقى لُمْعَة – قلنا : يحتمل أنه أصابها الماء ثم جف .

وأما الكتابية – فالتيمم ما جعل طهورا فى حقها أصلا ، لأنه لا يصح بدون النية ، وهى ليست بأهل للنية .

قوله : الكلام فيما إذا وجد هذا الشرط ، وهو عدم الماء إلى آخر الصلاة – قلنا : بلى ، ولكن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط ، كالطلاق/المعلق بدخول الدار . ٥٠/١

والله أعلم .

٥٨ ــ **مسألة** : قال أبو حنيفة وأصحابه : العدتان[١] تتداخلان ، وهو مذهب معاذ بن جبل وجابر بن عبد الله .

وقال الشافعى : لا يتداخلان – وهو مذهب عمر وعلى .

وهى ما إذا وطئت المنكوحة بشبهة حتى وجبت عليها العدة ، ثم طلقها الزوج حتى وجبت عليها عدة أخرى – انقضت بعدة .

والوجه فيه – أن العدة الواحدة تسد مسد العدد فى حق استيفاء المصلحة المطلوبة من العدة ، فوجب أن يكتفى بالواحدة ، قياسا على الحدود وآجال الديون .

وإنما قلنا ذلك – لأن المصلحة المطلوبة من العدة تَعَرُّف براءة الرحم وصيانة الماء المحترم عن الاختلاط ، تحصيلا للولد الموثوق[٢] به : أنه منه ، والعدة الواحدة تصلح طريقاً لذلك ، بدليل شرعيتها له فى سائر الصور .

فإن قيل : قولكم بأن المصلحة المطلوبة من العدة تَعَرُّف براءة الرحم – قلنا : لا نسلم أن العدة وجبت لهذا المعنى – تدل عليه أنها تجب على الصبية والآيسة وإن لم يكن شغل رحم . وكذلك لو قال لامرأته : « إذا وضعت جميع ما فى بطنك فأنت

---

(١) فى الأصل كذا : « العتدان » – انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٣٦٦ – ٣٦٧ .

(٢) كذا تبدو .

طالق » ، فوضعت ، يقع عليها الطلاق وتجب العدة ، وإن حصل فراغ الرحم بالكلية .

ولئن سلمنا أن العدة وجبت لهذا المعنى ، ولكن له فقط أم له ولغيره ؟ م ع . ولكن لم قلتم بأن ذلك الغرض الآخر يحصل بالواحدة ؟ .

والدليل على أن العدة ما وجبت لما ذكرتم فقط ، أنه لا يكتفى بالحيضة الواحدة - ولو كان ما ذكرتم كل الغرض ، لاكتفى به كما فى الاستبراء(١) .

ثم نقول : ما ذكرتموه قياس ، والعدد من جملة المقدرات المنصُوصات ، فلا تعرف بالقياس .

الجواب :

قوله : لم قلتم إن العدة وجبت لهذا المعنى - قلنا : لأنه مناسب .

٢/٥٠ وأما الصبية والآيسة - قلنا : الصبية التى تحتمل الوطء / تحتمل العُلُوق(٢) . وكذلك الآيسة : احتمال العُلوق فيها ثابت ، لوجود دليل هـ الشغل والعُلُوق ، وهو الوطء : إقامة للسبب مقام المسبب .

وأما إذا قال لها : إن وضعت جميع ما فى بطنك فأنت طالق - قلنا : إنما يقع الطلاق إذا علمت أنها وضعت جميع مافى بطنها قطعا ، وذلك بمضى ستة أشهر من مدة(٣) الولادة .

(١) عن أبى سعيد رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال فى سبايا أَوْطاس : « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا غيرُ ذات حَمْل حتى تحيض حيضة » أخرجه أبو داود وصححه الحاكم - والحديث دليل على أنه يجب على السابى استبراء المسبية إذا أراد وطأها ، بحيضة إن كانت غير حامل ليتحقق براءة رحمها وبوضع الحمل إن كانت حاملا . وقيس على غير المسبية المشتراة والمتملكة - بأى وجه من وجوه التملك بجامع ابتداء الملك ... » انظر : سبل السلام ، ٣ : رقم ١٠٥٤ ، ص ١١٤٥ - ١١٤٦ .

(٢) عَلِقت المرأة حَبِلت . عَلِقَت عَلَقا وعَلاقة وعُلُوقا - مختار الصحاح والمعجم الوسيط .

(٣) كذا تبدو « مده » .

قوله : وجبت العدة لما ذكرتم فقط أم له ولغيره ؟ قلنا : له فقط ، لما ذكرنا .

قوله : لا يكتفى بالحيضة الواحدة - قلنا : لأن تعرف براءة الرحم بالحيضة الواحدة لا يكون مثل التعرف الحاصل بثلاث حيض فى غلبة الظن ، والشرع اكتفى بالحيضة الواحدة فى الأمَةَ وشرط الثلاث فى الحرة تعظيماً لخطر الحرة .

قوله : العدة من باب المقدرات - قلنا : نعم ، ولكن لا ينفى ذلك كونه بالقياس . على أن الدليل ينفى وجوب العدة إلا أنا توافقنا على وجوبها لتحصيل هذا الغرض ، ففيما عداه نتمسك بالدليل .

٥٩ ــ مسألة : الأقراء الحِيضَ[١] دون الأطهار .

والوجه فيه - أن المقصود من العدة الواجبة بالنص تَعَرُّف براءة الرحم وصيانة الماء المحترم عن الاختلاط ، فوجب حمله على ما يحصل هذا الغرض وهو الحيض ، قياسا على الاستبراء[٢] .

وإنما قلنا إن المقصود هذا - لأنا أجمعنا على أن الطلاق قبل الدخول لا يوجب العدة ، لعدم الشغل ، وبعد الدخول يوجب : علم أنها واجبة لهذا الغرض .

وإنما قلنا إن الحيض يحصل هذا الغرض - لأن الحيض هو الذى يدل على براءة الرحم وفراغه ، لأن الحيض والشغل لا يجتمعان ، والطهر والشغل يجتمعان .

فإن قيل : قولكم بأن المقصود من العدة تعرف براءة الرحم - قلنا : لا نسلم . وبيانه ما مر فى المسألة المتقدمة[٣] .

ولئن سلمنا أنها شرعت لهذا ولكن لم قلتم إن الحيض يحصل لهذا الغرض ؟ .

---

(١) حاضت المرأة محيضا فهى حائض وحائضة أيضا عن الفراء . والحَيْضة المرة الواحدة . والحِيضة الاسم والجمع الحِيضَ - مختار الصحاح .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ١٤٠ .

(٣) راجع فيما تقدم المسألة رقم ٥٨ ، ص ١٣٩ - ١٤١ .

قوله : بأن الدال على البراءة هو الحيض – قلنا : لا نسلم ، ولا نسلم بأن الحيض والحمل/لا يجتمعان ، بل يجتمعان على أصل الشافعى . ١/٥١

ولئن سلمنا أن الحيض يحصل هذا الغرض – ولكن لم قلتم بأن هذا الغرض لا يحصل بالطهر ؟ .

بيان ذلك – أن المشروط ليس مطلق الطهر ، بل طهر يكون بعد الحيض ، ومثله يدل على براءة الرحم .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أن القرء حيض ، ولكن ههنا دليل آخر يأبى ذلك ، وذلك أن الله تعالى ذكر القروء ، والقروء هى[1] الأطهار جمع قرء ، أما الحيض فهى الأقراء جمع قَرْء – قال القائل :

مُوَرِّثةٍ مَالاً وفى الحَمْد رِفْعَةً .. لِما ضَاعَ فيها من قُرُوءِ نسَائِكا[2]

يعنى أطهار نسائك . وأما فى الحيض : قال عليه السلام : « دعى الصلاة أيام أقرائك » أى حيضك . ونقل عن ابن عمر : لعدتهن أى لأطهار عدتهن .

ولأن ما ذكرتم أطول عليها وأبعد .

الجواب :

أما السؤال الأول – فالجواب عنه ما مر فى المسألة المتقدمة[3] .

قوله : الحيض والحمل يجتمعان – قلنا : هذا إنكار العادة والشريعة ، لأن ما ترى

---

(١) فى الأصل : « هو » . وفى اللسان فى « مادة قرأ » : والقَرْء والقُرء الحيض ، والطهر ضد . وذلك أن القَرْء الوقت فقد يكون للحيض والطهر .

(٢) هذا البيت ورد فى اللسان . وفى ديوان الأعشى الكبير فى مدح هَوْذَة بن على الحَنَفى – راجع : ديوان الأعشى الكبير ميمون بن قيس شرح وتعليق الدكتور م . محمد حسين ، مكتبة الآداب بالجماميز ، ص ١١ البيت ٣١ من القصيدة وفى الأصل كذا :

موربه مالاً وفى الحى رفعه   لما ضاع فيها من قرو نسايكا

(٣) راجع فيما تقدم المسألة ٥٨ ص ١٣٩ – ١٤١ .

الحامل من الدم لا يكون حيضا ، لانسداد فم الرحم بالحمل .

قوله : بأن الطهر[١] الذى يحيط بطرفيه دم أمارة الفراغ – قلنا : هذه مغالطة ، لأن دليل الفراغ هو الدم لا نفس الطهر ، فالحيض بانفراده أمارة الفراغ ، والطهر بانفراده ليس أمارة الفراغ ، فكان حمله على الحيض أولى .

وأما المعارضات – قلنا : القرء فى اللغة مشترك بين الطهر والحيض ، وجمعه قروء ، والأقراء جمع الجمع ، كقولنا شعر وشعور وأشعار ، فجاز استعمال واحد من الجمعين فى الحيض والطهر جميعا .

وأما نقل ابن عمر – فمعارض بنقل غيره .

وأما تطويل العدة والبعد عن زمان الشروع – كل ذلك ثبت بالشرع ، فيجب الانقياد له

والله أعلم .

---

(١) فى الأصل كذا : « الظهر » انظر بقية العبارة .

[٦]

كتاب العتاق

٢/٥١ ٦٠ ــ [**مسألة**][١] : من ملك ذا رحم محرم منه ، يعتق عليه .

والوجه فيه – أن هذه قرابة واجبة الوصل[٢] ، فيفيد العتق عند الملك ، قياسا على قرابة الولاد[٣] .

وإنما قلنا : إن هذه قرابة واجبة الوصل – لأن صلة الرحم مأمور بها . قال الله تعالى : ﴿ واتقوا الله الذى تساءلون به والأرحام ﴾[٤] يعنى اتقوا الأرحام أن تقطعوها . وفى الحديث : « صلوا الأرحام[٥] » – أمر ، والأمر للوجوب – فثبت أن هذه قرابة واجبة الوصل ، فتفيد العتق عند الملك ، تحقيقا لمعنى الصلة ، كما قلنا فى قرابة الولاد[٦] .

فإن قيل : قوله بأن صلة الرحم مأمور بها – قلنا : لا نسلم .

وأما النصوص – قلنا : النصوص تقتضى إيجاب الصلة بجميع وجوه البر والإحسان أم ببعضها ؟ الأول – ممنوع ، ولا يمكن القول به ، لأنه لا نهاية له ، فيحمل على الأدنى ،

(١) يلاحظ أنه لم يقل هنا « مسألة .. » فأضفناها نحن . وهذا الكتاب يحتاج – فى بعض المواضع إلى مراجعة – فراجع : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٣٨٠ وما بعدها . والكاسانى ، البدائع ، ٤ : ٤٥ وما بعدها .

(٢) كذا تبدو بعد تعديل وستأتى أيضاً بعد قليل – يقال : وصل فلاناً وصْلاً وصلة ووصل حبله بفلان برّه وأعطاه مالاً ، ووصل رحمه أحسن إلى الأقربين إليه من ذوى النسب والأصهار وعطف عليهم ورفق بهم وراعَى أحوالهم – المعجم الوسيط .

(٣) فى المعجم الوسيط : ولدت الأنثى تَلِد وِلاداً – انظر فيما يلى الهامش ٥ .

(٤) النساء : ١ .

(٥) راجع : بلوغ المرام ، رقم ١٢٥١ و ١٢٥٢ ص ٢٢٦ .

(٦) يقال : ولدت المرأة وِلَاداً وولادة – مختار الصحاح والمعجم الوسيط . قال السمرقندى فى التحفة ، ٢ : ٤٠٧ : « وأجمعوا أنه إذا ملك الولد يعتق عليه – وهى من مسائل الخلاف » راجع فيما تقدم الهامش ٣ .

وهو نفقة القريب . والثانى – مسلم ، ولكن لم قلتم بأن هذا من جملة ذلك ؟ .

ولئن سلمنا أن النصوص تقتضى إيجاب الصلة بجميع الوجوه ، ولكن النصوص تتناول كل الأرحام أم بعضها ؟ الأول – ممنوع ، ولا يمكن دعواه ، لأن القرابة البعيدة خارجة عن قضية النصوص . والثانى – مسلم .

ولكن لم قلتم بأن هذه من ذلك البعض ، وهو القرابة القريبة كالولاد .

والدليل على أن هذه القرابة ملحقة بالقرابة البعيدة أن الشرع ألحقها بها فى حق حرمان القصاص والحبس بالدين وجواز الاستخدام بطريق الإجارة وجريان النفقة عند اختلاف الدين والشهادة له وعليه وأداء الزكاة والكتابة .

ولئن سلمنا أن هذه النصوص تتناول[١] جميع الأحكام – لكن تأثير هذا فى إيجاب الإعتاق عليه أو فى وجود العتق من غير اختياره ؟ م ع . بيانه – أن النصوص تقتضى إيجاب الصلة ، وإيجاب الصلة تقتضى إيجاب الإعتاق – ونحن نقول به .

١/٥٢ أما أن يثبت العتق من غير اختياره ، فلا يكون / هذا صلة منه .

ثم نقول : التعليل يخالف مذهبكم ، لأن هذا إشارة إلى أن[٢] العتق يثبت بالقرابة ، وعندكم يثبت بفعل فاعل ، ولهذا لو اشترى أخاه ناوياً عن كفارة يمينه جاز .

الجواب :

قوله : النصوص تقتضى إيجاب صلة الرحم بجميع وجوه البر والإحسان أم ببعضها ؟ قلنا : الصلة بطريق العتق مراد بقضية هذه النصوص ، بدليل أنه مراد فى قرابة الولاد ، لإطلاق النصوص .

قوله : النص تناول كل الأرحام أم بعضها ؟ قلنا : كلها[٣] ، لأنه ذكر بالألف

---

(١) فى الأصل : « تناول » وفيما سبق « تتناول » .

(٢) « أن » غير واضحة .

(٣) « كلها » غير كاملة فى الأصل .

واللام ، فينصرف إلى الجنس . وأما القرابة البعيدة كبنى الأعمام – قلنا : خص ذلك عن قضية النص ، لكونها أبعد من هذه – فالتخصيص ثمة لا يدل على التخصيص ههنا .

قوله : الشرع ألحقها بالقرابة البعيدة فى حق تلك الأحكام – قلنا : الإلحاق ثمة لا يدل على الإلحاق ههنا .

قوله : تأثير هذا فى إيجاب الإعتاق عليه أم فى وجود العتق من غير اختياره – قلنا : فى وجود العتق من غير اختياره ، لأن الصلة لما وجبت صار الإعتاق مستحقا للمملوك على المالك ، فيثبت العتق إيصالا للحق إلى المستحق ، كما فى الولاد .

وأما قوله : التعليل يخالف مذهبكم – قلنا : لا نسلم . وهذا لأن نفس الشراء عندنا إعتاق ، فلا يكون مخالفا للمذهب .

والنص لنا فى هذه المسألة ما روى سَمُرة بن جُندب أن رسول الله ﷺ قال : « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » أورده أبو داود وأبو عيسى وابن ماجة(١) .

٦١ ــ **مسألة** : إذا قال الرجل لعبده وهو أكبر سنا منه : « هذا ابنى » عتق عليه.

والوجه فيه – أنه قصد إثبات الحرية فى محل قابل للحرية بلفظة صالحة للإثبات ، فوجب القول بثبوت الحرية ، قياسا على ما إذا قال له وهو أصغر سنا منه : « هذا ابنى » .

وإنما قلنا ذلك – لأن قوله « هذا ابنى » لا يمكن حمله على القصد إلى ما وضع له اللفظ حقيقة ، / لأن حقيقة البنوة ههنا لا تتصور ، فيجب حمله على وجه صحيح . ٢/٥٢ ويمكن ذلك بأن يجعل مجازا عن الإعتاق ، لأن طريق المجاز موجود ، وهو السببية والمسببية والملازمة ، لأن البنوة تلازمها الحرية .

(١) رواه أحمد والأربعة . ورجح جمع من الحفاظ أنه موقوف – بلوغ المرام ، رقم ١٢٢٣ ص ٢٢٢ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٣٣٩ ، ص ١٥٠١ – ١٥٠٢ .

فإن قيل : قولكم بأنه مجاز عن الإعتاق – قلنا ، متى يجعل مجازا : إذا أمكن حمله على الحقيقة أم إذا لم يمكن ؟ ع م – وقد أمكن بأن يجعل قوله « هذا ابنى » بمنزلة قوله : « هذا كابنى » فى الشفقة والكرامة ، فلا حاجة إلى جعله مجازا عن الإعتاق .

ولئن سلمنا أنه يمكن جعله مجازا ، ولكن لا نسلم بأن السببية ههنا موجودة . ولا نسلم بأن السببية طريق المجاز .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أنه جعله مجازا عن الحرية ، ولكن ههنا دليل آخر يأبى ذلك ، وذلك لأنا أجمعنا على أنه لو قال « قطعت يد فلان » ويداه صحيحتان لا يجعل إقرارا بالمال مجازا ، وإن كان قطع اليد سببا لوجوب المال ، لأنه لا يمكن إثباته مع قيام اليد – كذا هذا . وصار كما لو قال له : « هذا أخى » أو قال : هذا أبى أو جدى » ، وهو لا يصلح لذلك ، لا يعتق عليه – كذا هذا .

الجواب :

أما قوله : ههنا وجه آخر يحمل عليه وهو الشفقة – قلنا : حمله على ما ذكرناه أولى ، لأن فيما ذكرناه حملا على الفائدتين جميعا ، لأنه إذا ثبتت الحرية ثبت معنى الشفقة والكرامة ، فكان ما ذكرناه أولى ، بدليل معروف النسب إذا كان أصغر سنا منه .

قوله : لم قلتم بأن السببية موجودة ؟ – قلنا : لأن البنوة سبب للحرية بدليل فصل الشراء[١] .

قوله : لم قلتم بأن السببية طريق المجاز ؟ – قلنا : لأن العرب يسمون المطر سماء ، لأنه سببه – إلى غير ذلك من النظائر .

وأما مسألة قطع اليد – قلنا : لا يمكن جعله مجازا عن وجوب مطلق المال ، لأن قطع اليد لا يوجب مطلق المال ، وإنما يوجب مالا مقدرا بنصف اليد / مؤجلا فى ثلاث سنين على العاقلة ولا يمكن إثباته – أما ههنا بخلافه .

/٥٣

---

(١) راجع فيما تقدم أول « كتاب العتاق » المسألة رقم ٦٠ ص ١٤٤ – ١٤٦ .

وأما إذا قال : « أخى » : روى الحسن عن أبى حنيفة أنه يعتق .

ولئن سلمنا ذلك ، ولكن الأخوة تحتمل لجهة النسب وتحتمل لجهة الدين .

وأما إذا قال : « هذا أبى أو جدى » - فهو على هذا الخلاف .

وأما إذا قال : « يا ابنى » إنما لا يعتق ، لأن المقصود من النداء هو الإعلام ، لا لمعنى فى المنادى .

٦٢ ــ **مسألة** : صريح الطلاق وكناياته لا يقع به العتق ، وإن نوى ، حتى لو قال لأمته(١) « أنت طالق » ، لم تعتق .

والوجه فيه - أنه لو ثبتت الحرية : إما أن تثبت موجباً للفظة ابتداء ، أو بناء على ما هو موجب اللفظ :

لا وجه للأول - لأن هذا اللفظ موضوع لإزالة قيد النكاح ، فلا يكون موضوعا لإزالة الرق ، دفعا للاشتراك .

ولا وجه للثانى - لأن موجب اللفظ لا يثبت ههنا ، ولا يتصور ثبوته ، فكيف يثبت غيره بناء عليه ؟ .

فإن قيل : قولكم بأن الحرية لا تثبت موجبا للفظ ابتداء - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأن هذا اللفظ موضوع لإزالة قيد النكاح - قلنا : لغة أم شرعا ؟ ع م .
وهذا لأن الطلاق وإن كان فى الشرع موضوعا لإزالة قيد النكاح ، ولكنه فى اللغة يجوز أن يستعمل فى إزالة قيد الرق وإثبات الانطلاق .
ولئن سلمنا أنه موضوع له لغة وشرعا ، ولكن لم قلتم بأنه لا يكون موضوعا لإزالة الرق ؟ .

قوله : يلزم منه الاشتراك - قلنا : لا نسلم ، بل يكون بطريق المجاز ، لما بينهما من

(١) « لأمته » غير واضحة تماما فى الأصل .

مشابهة زوال قيد النكاح وزوال قيد الرق - دل عليه أنه لو قال لامرأته « أنت حرة » ونوى به الطلاق - يقع الطلاق لما ذكرنا من وجه المجاز بطريق المشابهة .

ولئن سلمنا أنه لا تثبت الحرية ابتداء ، ولكن لم قلتم بأنه لا تثبت[١] بناء ؟ . وهذا لأن /موجب اللفظ إثبات الانطلاق وإزالة القيد والعجز ، فتثبت الحرية بناء عليه ، وصار هذا كما إذا قال لها : لا ملك لى عليك ولا سبيل لى عليك ولا رق لى عليك ، ونوى به العتق ، يعتق - كذا هذا . ٢/٥٣

الجواب :

قوله : يجوز أن يستعمل هذا اللفظ فى اللغة لإزالة قيد الرق وإثبات الانطلاق - قلنا : نعم ، ولكن لا يثبت الحرية بهذا القدر شرعا ، ولا كلام فى زوال القيد لغة ، وإنما الكلام فيه شرعا .

قوله : يجوز أن يكون اللفظ موضوعا لإزالة الرق بطريق المجاز - قلنا : المجاز خلاف الأصل .

قوله : بينهما مشابهة - قلنا : لا نسلم .

وأما إذا قال لامرأته « أنت حرة » ونوى به الطلاق ، يقع - قلنا : إنما يقع لأن قوله : « أنت حرة » موضوع فى الشرع لإزالة ملك اليمين ، وذلك أقوى الملكين ، فيزول ملك النكاح الذى هو أضعف الملكين وهو ملك النكاح إذا نوى ، ولا كذلك على العكس ، فإن قوله « أنت طالق » موضوع فى الشرع لإزالة أضعف الملكين ، وهو ملك النكاح ، فلا يزول به أقوى الملكين وهو ملك اليمين ، إذ ليس يلزم من كون اللفظ مزيلا للأضعف كونه مزيلا للأقوى ، ولكن يجوز أن يكون مزيل الأقوى مزيلا للأضعف .

قوله : لم لا يثبت بناء ؟ قلنا : لأن موجبه لا يتصور .

قوله : إن موجبه إثبات الانطلاق - قلنا : نعم ، ولكن لغة لا شرعا ، وإنما الحاجة

(١) فى الأصل : « لا يثبت » .

ههنا إلى إثبات الانطلاق شرعا ، وهو الحرية ، ولم يوجد اللفظ الموجب له شرعا .

أما قوله : لا ملك لى عليك ولا رق لى عليك - [فهو] صريح فى نفى الملك ، فينتفى الملك والرق ضرورة .

وقوله لا سبيل لى **عليك** - حقيقة فى نفى السبيل ، ولذلك أسباب كالبيع والهبة والإعتاق ، / فينتفى الكل تحقيقا لغرضه - أما ههنا بخلافه[١] ١/٥٤

٦٣ ــ **مسألة** : إذا قال لأمته : « أول ولد تلدينه فهو حر » أو قال : « فأنت حرة » فولدت ميتا ، ثم حيا يعتق الحى .

والوجه فيه - أنه قصد بهذا التصرف إثبات الحرية فى أول ولد حى ، والولد الثانى أول ولد حى ، فوجب أن يعتق ، قياسا[٢] على ما إذا قال : « أول ولد تلدينه[٣] حيا فهو حر » .

وإنما قلنا ذلك لأن اللفظ وإن كان مطلقا ، ولكن مطلق الكلام يجوز تقييده إذا دل الدليل عليه ، وقد دلت دلالة التقييد بوصف الحياة ، وهو دلالة الغرض الذى قصد تحقيقه بهذا الكلام ، لأن غرضه إثبات الحرية ، والحرية لغة وشرعا لا تتصور بأصلها ووصفها إلا فى محل موصوف بصفة الحياة .

فإن قيل : قولكم بأنه دلت دلالة التقييد بوصف الحياة - قلنا : متى : إذا كانت الحياة غالب الوجود أم لا ؟ ع م . بيانه - وهو أن الجزاء إذا كان غالب الوجود فلا حاجة إلى التقييد ، فإنا أجمعنا على أنه لو أوصى للجنين وبالجنين[٤] ، يصح . ولو ضرب على بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ، تجب الغرة - وهذه أحكام الحياة .

---

(١) انظر : الكاسانى ، البدائع ، ٤ : ١٠٣ .

(٢) فى الأصل : « قياسيا » .

(٣) فى الأصل تبدو « تلدنيه » وسيأتى بعد عدة سطور : « تلدينه » .

(٤) « وبالجنين » غير واضحة فى الأصل . انظر ما يلى فى الجواب .

ولئن سلمنا أنه دل دليل التقييد ، ولكن لم قلتم بأن الحرية لا تتصور إلا فى محل حى ، وظاهر أنه تتصور ، بدليل أن المكاتب إذا مات عن وفاء ، تبقى الكتابة ويحكم بحريته بأداء بدل الكتابة بعد موته .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على التقييد ، ولكن هنا دليل آخر يأبى ذلك ، وذلك لأنه لا تقييد بالملك ، مع أن الحرية لا تثبت إلا بالملك كما لا تثبت إلا بالحياة ، حتى لو قال لأمته : « أول ولد تلدينه فهو حر - فباعها ، فولدت ولدا فى يد المشترى ، ثم اشتراها ، فولدت فى يده ولدا ، لا يعتق الولد الثانى .

٢/٥٤ ولو قال / لأجنبية « إن دخلت الدار فأنت طالق » لا يتقيد بملك النكاح . وكذلك لو قال لأمته « أول ولد تلدينه فهو حر وامرأته طالق » ، فولدت ولدا ميتا ، ينحل(١) اليمين فى حق الطلاق حتى يقع الطلاق ، فوجب أن ينحل(٢) فى حق الحرية إيصالا إلى الجزاء ، لأن اليمين واحد والشرط واحد .

ثم نقول : شرط عتق أول ولد ، وهذا آخر ولد ، بدليل أنه لو قال لأمته : « آخر ولد تلدينه فهو حر » فولدت ولدا ميتا ، ثم ولدت ولدا حيا ، يعتق الثانى ، وإذا كان آخرا لا يتصور أن يكون أولا .

الجواب :

أما قوله بأن الحياة غالب [الوجود](٣) - قلنا : لا نسلم بأن حياة كل ولد معين غالب ، بل حياة الأولاد .

وأما إذا أعتق الجنين أو أوصى له أو به ، فهذه التصرفات موقوفة فى الحال : إن حصل الولد حيا يحكم بصحتها وإلا فلا .

(١ - ٢) غير ظاهرة فى الأصل . وفى المعجم الوسيط : « حلل الشئَ أباحه . وانحلت العقدة انفكت . وحل المكان وحل به حلولا نزل به وَحَلَّ البيتَ فهو حالّ وحَلَّ البعيرُ حلَلا أصابه الحلَلُ فهو أَحَلُّ وهى حَلَّاء - ولعلها : « يحل » . وفى آخر المسألة سيأتى التعبير بكلمة : « انحلال » اليمين . انظر فيما يلى الهامش ٣ ص ١٥٢ .

(٣) مما تقدم قبل سطور ص ١٥٠ .

وأما إذا ضرب بطن امرأة - [ف] معارض بما إذا ضرب بطن شاة فألقت جنينا ميتا : لا يجب شيء ، فالغرة فى الآدمى تجب نصا(١) .

وأما المكاتب - قلنا عنه جوابان : أحدهما - تثبت الحرية فى آخر جزء من أجزاء(٢) حياته . والثانى - نثبتها بعد الموت فى حق آثار يتصور ثبوتها .

قوله : لا يقيد بالملك - قلنا : لأن الحرية لا تتصور إلا فى محل حى ، ولكن إثبات الحرية فى ملك الغير صحيح ، وإعتاق ملك الغير صحيح ، حتى لو أجاز المالك ينفذ العتق ، فلا حاجة إلى التقييد بالملك .

وأما إذا قال لأجنبية : « إن دخلت الدار فأنت طالق » : إن كانت منكوحة للغير ، فهذا التصرف صحيح ، حتى لو أجاز الزوج ، يقع الطلاق عند دخول الدار . وإن لم تكن منكوحة ، فلا يصح ، لأن التقييد إنما يكون فى الإطلاق ، وليس ثم إطلاق ، فلا يجوز إلا بطريق الازدواج ، وذلك غير لازم .

وأما إذا قال : « أول ولد تلدينه فهو حر وامرأته طالق » - قلنا : هذا إن كان يمينا واحدا صورة / ولكنه يمينان معنى ، لأن اليمين تعرف بالشرط والجزاء ، وقد تعدد الشرط والجزاء : فأحد الجزاءين هو الحرية وشرطه ولادة ولد حى لما ذكرنا . والثانى هو الطلاق وشرطه ولادة ولد مطلق . لأنا إنما قيدنا بالحياة فى الجزاء الأول لافتقاره إلى الحياة ، والطلاق لا يفتقر إلى الحياة فى الولد . فإذا تعدد اليمين معنى ، فانحلال أحدهما لا يدل على انحلال الأخرى(٣) .

١/٥٥

---

(١) وهو أن رسول الله ﷺ قضى أن دية الجنين إذا مات بسبب الجناية غرة سواء انفصل عن أمه وخرج ميتا أو مات فى بطنها . وأما إذا خرج حيا ثم مات ففيه الدية كاملة . والغرة عبد أو وليدة وهى الأمة . وقيل خمسمائة درهم . وقيل مائة شاة . وقيل خمس من الإبل - انظر : بلوغ المرام رقم ٩٩٩ ص ١٨٠ - ١٨١ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ١٠٩٤ و ١٠٩٥ ص ١١٩٤ - ١١٩٧ .

(٢) فى الأصل كذا : « جزا من اخرا » - وانظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٤١٩ .

(٣) راجع فيما تقدم الهامش ١ - ٢ ص ١٥١ .

قوله : بأن هذا آخر ولد - قلنا : هذا آخر ولد مطلق أما هو أول ولد حى ، والشرط أول ولد حى . وما ذكر من المسألة ممنوعة .

والله أعلم .

٦٤ ــ **مسألة** : إذا قال لعبده : « إن أديت إلى ألفا فأنت حر » فجاء العبد بالألف ، وخلى بينها وبين المولى ، يجبر على القبول ، حتى يعتق العبد بالتخلية[١] .

والوجه فيه - أنه قصد إثبات الحرية عند التخلية بينه وبين الألف - فوجب القول بالعتق عند التخلية ، قياسا على ما إذا علق بالتخلية .

أما بيان أنه قصد إثبات الحرية - [فـ] / لأن هذا اللفظ صالح له .

وأما بيان أنه قصد العتق عند التخلية - [فـ] لأن غرضه حصول الألف [له] ، حيث جعل العتق فى مقابلته . وهذا الغرض لا يحصل إلا بتعليق العتق بالتخلية بدون القبول ، لأنه لو تعلق بالقبول ، لا محالة لا ينبعث العبد على الكسب ، لأنه لو اكتسبه ربما لا يقبله المولى أو يقبله على وجه لا يعتق بأن يأخذ الألف إلا درهما ، فيتعطل نفع العبد .

فإن قيل : قولكم بأنه قصد إثبات الحرية عند التخلية - قلنا : لا نسلم . وبطلانه ظاهر ، لأنه قال « إن أديت » والأداء عبارة عن التسليم والقبول جميعا . ولهذا لو قال لعبده : أديت إلى ألفاً فلم أقبل - لا يصدق فى ذلك ، ويكون رجوعاً عن الإقرار .

ولئن سلمنا أنه علق العتق بالتخلية ، ولكن لم قلتم بأن غرضه يحصل بالتخلية ؟ وبطلانه ظاهر ، لأنه يقتضى تعليق العتق بالكسب ، ولم يتعلق .

ولئن سلمنا أن غرضه يحصل بالتخلية ولكن لم قلتم بأن / المولى يمكنه الأخذ على وجه لا يعتق ، بل يعتق على أى وجه يقبله ، لأن العبد مأذون ، فإنما يأخذه على وجه يؤديه إليه . على أن الظاهر من حال المولى أنه لا يخلف فى الوعد ، وصار هذا كما إذا قال : ٢/٥٥

(١) راجع الكاسانى ، البدائع ، ٤ : ٥٩ .

إن أديت إلى خمرا فأنت حر ، أو ثوبا فأنت حر ، أو كذا مَنًّ(١) حنطة فأنت حر ، أو ألفا أحج بها فأنت حر - أو المتنازع فيه : إذا باع العبد ثم ، اشتراه فجاء بالألف ، فإنه لا يجبر على القبول فى هذه المواضع - فوجب أن لا يجبر ههنا .

الجواب :

أما قوله بأنه نص على التعليق بالأداء إليه - قلنا : بلى ، ولكن الأداء إليه جاز أن يذكر ويراد به التخلية بدون القبول مجازا ، فيحمل عليه ، لما ذكرنا من الدليل .

قوله : هذا يقتضى تعليق العتق بالكسب - قلنا : نعم ، ولكن لا يمكن أن يجعل الأداء إليه مجازا عن الكسب ، بخلاف التخلية ، لأن اللفظ يحتملها .

قوله : لم قلتم بأن المولى يمكنه أخذ الألف منه على وجه لا يعتق عليه - قلنا : لأنه يمكنه أن يأخذ منه غصبا أو يبيعه فيزول العبد عن ملكه ويبقى الألف ملكا للمولى ولا يعتق عليه .

وأما قوله بأن المولى لا يخلف الوعد - قلنا : إذا لم يكن القبول واجبا عليه شرعا ويمكنه تحصيل النفع بلا ضرر ، فالظاهر أنه لا يبالى(٢) بخلف الوعد خصوصا مع مملوكه .

وأما الأحكام : أما الخمر - قلنا : ثمة لم يصح غرضه ، فلم يصح اعتباره شرعا . وأما الثوب والحنطة - قلنا : تلك أجناس وأنواع مختلفة ، فما من جنس يأتى به العبد إلا وللمولى أن يقول : غرض غير هذا ، فلا يمكن اعتبار غرضه - أما ههنا بخلافه . وأما إذا قال : ألفا أحج بها ، يجبر على القبول . وأما إذا باعه - قلنا : ثم بطل الطلب والغرض ، لأن الإنسان لا يطلب الألف من عبد الغير .

والله أعلم .

---

(١) المَنّ المَنَا وهو رطلان والجمع أمنان - مختار الصحاح . وفى المعجم الوسيط : معيار قديم كان يكال به أو يوزن . وقدره إذ ذاك رطلان بغداديان . والرطل عندهم اثنتا عشرة أوقية بأواقيهم .

(٢) فى الأصل كذا : « لا سال » .

١/٥٦

٦٥ ــ **مسألة** : الوطء فى العتق المبهم لا يكون بيانا / للعتق فى غير الموطوءة . وهى أن يقول لأمتيه : إحداكما حرة ، ثم وطىء إحداهما[١] .

والوجه فيه – أن الوطء صادف المملوكة فى حق حل الوطء من غير أن يجعل الوطء بيانا ، فلا يجعل بيانا ، قياسا على ما إذا علق عتق إحداهما بدخول الدار ، ثم وطىء إحداهما ، ثم دخل الدار – لا تتعين الموطوءة للملك .

وإنما قلنا ذلك – لأن الملك كان ثابتا فى حق جميع الأحكام ، فلو زال إنما يزول بالإعتاق المبهم ، وإنه لا يوجب زوالا[٢] فى حق حل الوطء ، لأنه إعتاق المنكر ، فكان إيقاع العتق فى حق حكم يختص بالمنكر دون المعين ، وحل الوطء مما يختص بالمعين دون المنكر ، لأن وطء المنكرة لا يتصور ، فلو ثبت العتق فى المعينة وزال الملك عنها ، لزال من غير إزالته ، وإنه لا يجوز ، فعلم أن الوطء صادف المملوكة فى حق حل الوطء ، فلا حاجة إلى جعل الوطء بيانا .

فإن قيل : ما ذكرتم إن دل على أن الوطء ليس ببيان ، ولكن ههنا دليل آخر يأبى ذلك ، لأن الظاهر من حال العاقل أنه يريد بتصرفه الحلال دون الحرام ، فإن عقله ودينه يدعوانه إلى الحلال ويمنعانه عن الحرام ، والحل يتعلق بكون الوطء بيانا ، لأن الحل يتعلق بالملك ، ولا ثبوت للملك ههنا إلا بأن يجعل الوطء بيانا لأن العتق نازل[٣] فى إحداهما ، فلو لم يجعل الوطء بيانا وتعلق حل الوطء بثبوت الملك ، كان الحل متعلقا

---

(١) فى الأصل كذا : « أحدهما » وسيأتى فيما بعد : « علق عِتق إحداهما » – انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٣٩٣ – ٣٩٥ ــ ففيه : « فأما إذا وطىء إحدى أمتيه التى أبهم العتق فيهما : لا يكون إختيارا للعتق عند أبى حنيفة رحمه الله إلا أن تعلق منه . وعندهما : يكون اختيارا . وكذلك الخلاف إذا لمسها لشهوة . وأجمعوا أنه لو استخدم إحداهما لا يكون بيانا – والمسألة معروفة » – وانظر الكاسانى ، ٤ : ١٠٣ – ١٠٤ وكذا ١٠٩ .

(٢) فى الأصل تبدو « زوال » وهى غير ظاهرة تماما .

(٣) كذا تبدو فى الأصل . وبها أيضاً عبر الكاسانى ، ٤ : ١٠٣ و ١٠٤ . وفى المعجم الوسيط : نزل نزولا هبط من عُلو إلى سُفل ونزل بالمكان وفيه حَلّ .

بالبيان بواسطة الدليل عليه ، [وكذا][١] الوطء فى الطلاق المبهم : فإنه إذا طلق إحدى امرأتيه ثم وطىء إحداهما يجعل بيانا ، لما ذكرنا من توقف الحل على الملك ، وتوقف الملك على البيان - كذا ههنا .

قوله : بأن الوطء صادف الملك من غير أن يجعل الوطء بيانا - قلنا : لا نسلم .

٢/٥٦ قوله بأن العتق غير / نازل فى حق المعين - قلنا : أيش يعنى به ؟ يعنى أنه لم يوجب عتق واحدة بعينها أو يعنى به شيئا آخر ؟ إن عنى به شيئا آخر احتاج إلى بيانه . وإن عنى به أن العتق لم ينزل فى واحدة معينة فهذا مسلم - ولكن لم قلتم بأن هذا يمنع كون الوطء محتاجا إليه فى البيان ؟ .

قوله : بأنه أوقع العتق فى المنكرة - قلنا : ما يعنى به ؟ يعنى به أنه أوقع العتق فى غير هاتين أو يعنى به أنه أوقعه فى إحداهما إلا أنا لا نعرفها بعينها ؟ إن يعنى به الأول فهو باطل ، لأنه قال : إحداكما حرة . وإن عنى به الثانى فمسلم ، ولكن لا يمنع كون الوطء بيانا بل يوجبه ، لأن تلك الواحدة تحتمل هذه وهذه ، فلا يكون الملك ثابتاً[٢] فى حق الحل فى الموطوءة بدون البيان .

الجواب :

قوله : إن الدليل قد دل على كون الوطء بيانا - قلنا : بلى ، ولكن إنما يحتاج إلى جعل الوطء بيانا إذا لم يكن المحلل للوطء قائما فى حقه .

قوله : إن المنكرة تحتمل أن تكون هذه وتحتمل أن تكون صاحبتها - قلنا : لا نسلم ، ومحال أن تكون المنكرة هذه أو صاحبتها ، لأن هذه أو صاحبتها إشارة إلى المعينة ، وبين المعينة والمنكرة مضادة ، فكيف[٣] يحتمل قوله المنكرة لا تعدوها - قلنا : بلى ولكن من غير تعيين .

---

(١) قال الكاسانى ، ٤ : ١٠٤ : « وهكذا نقول فى الطلاق المبهم ... » .

(٢) فى الأصل كذا : « ثابت » .

(٣) فى الأصل هكذا : « فيلف » أو « فيكف » .

فإذا قلنا : هذه أو تلك فقد عيناها ، فلا تبقى منكرة ، وهو اوقع فى المنكرة لا فى المعينة .

وأما الوطء فى الطلاق المبهم[١] – قلنا : هكذا نقول ثمة : إن الملك فى حق المعينة قائم إلا أنه إذا وطىء إحداهما تعينت الأخرى للطلاق ، وهذه للإمساك لوجه آخر ، لا باعتبار كون الحل متعلقا بالبيان .

بيانه – إن المقصود من وطء المنكوحة الولد ، وحصول الولد متعلق ببقاء النكاح ، فكان بيانا من حيث إنه لا يتم الغرض إلا به . أما ههنا بخلافه ، لأن الغرض من وطء الجوارى / قضاء الشهوة دون الوطء للولد ، وقضاء الشهوة لا يتعلق حصوله بالبيان ، فلا يجعل الوطء بيانا .

١/٥٧

قوله : أيش تعنى بقولك إن العتق غير نازل فى المعين ؟ قلنا : نعنى به أنه لا يظهر فى حق حكم يختص المعين ولا يمكن إثباته فى حق المعين ، وظهر فى حق حكم يختص المعين ويمكن إثباته فى حق المعين بدون التعيين ، لأن الحكم إذا كان يختص المنكرة أمكن العمل بدليل الحرية فيه ، لأن المالك أثبت الحرية فى المنكرة ، فكان العمل به على وجه التنكير ، عملا بقضية الإعتاق .

فأما إثبات العتق فى حق حكم يختص المعين وبعضه[٢] يختص المنكر ، فهذا[٣] معلوم فى إثبات العتق فى العدم[٤] : أنه لو قتلهما رجل واحد معا تجب قيمة أمة ودية حرة ، لأن هذا حكم يصح إثباته بدون التعيين . ولو قتلهما رجلان يجب على كل واحد منهما قيمة أمة ، لأنه لا يمكن إيجاب القيمة على أحدهما والدية على الآخر إلا بتعيين محل العتق ، فلا يظهر العتق فى حقه أصلا .

---

(١) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ١٥٥ . والكاسانى ، ٤ : ١٠٤ .

(٢) فى الأصل : « وبعضها » .

(٣) فى الأصل : « وهذا » .

(٤) فى الأصل تبدو كذا : « فى الدهن » .

وإذا ثبت اختلاف الأحكام فى المنكر والمعين – فنقول :

قوله : « إحداكما[١] حرة » : أثبت العتق فى حق حكم يختص المنكر دون المعين – على ما مر .

فالحاصل – أن الشرع ورد بتصحيح إعتاق المبهم ، فلا بد من تصحيحه على الوجه الذى قصده المتصرف . وهو إنما قصد إيقاعه فى حق المنكر دون المعين ، لأن اللفظ يدل عليه ، فيجب أن يكون مشروعا على وجه يظهر فى حق حكم يختص المنكر دون المعين .

وبه خرج الجواب عن السؤال الذى يليه .

٦٦ ـ **مسألة** : الإعتاق يتجزأ[٢] .

والمعنى من ذلك أن المحل فى حق قبول حكم الإعتاق يتجزأ ، فيتصور ثبوته فى النصف دون النصف [الآخر] .

---

(١) فى الأصل كذا : « احديكما » .

(٢) انظر المسألة التالية : « العتق لا يتجزأ » رقم ٦٧ ص ١٦٨ وما بعدها .

قال السمرقندى فى التحفة ، ٢ : ٣٨٩ : « .. والأصل فيه أن الإعتاق يتجزأ عند أبى حنيفة رحمه الله . وعند أبى يوسف ومحمد لا يتجزأ » ـ انظر الهامش ٢ ص ١٥٩ . وانظر الكاسانى ، البدائع ، ٤ : ٨٦ وما بعدها .

وفى الأصل لمحمد بن الحسن (المبسوط) جـ ٤ ص ٢٣٢ – ٢٣٣ . طبعة كراتشى – باكستان : « قال أبو حنيفة : إذا أعتق الرجل نصف عبده عتق نصفه واستسعاه فى نصف قيمته . وهو بمنزلة المكاتب ما دام يسعى فى كل شىء من أمره ، فإذا أدى السعاية عتق ، وكان ولاؤه لمولاه .

وقال أبو يوسف ومحمد : إذا أعتق نصف عبده عتق كله ، وهو حر كله ، وولاؤه لمولاه ، ولا يجتمع فى نفس واحدة عتق ورق ، والأمة والعبد فى ذلك سواء .

محمد عن يعقوب عن أشعث بن سوار عن الحسن بن أبى الحسن عن على رضى الله عنه أنه قال : يعتق الرجل من عبده ما شاء » .

وثمرة الخلاف فى موضعين :

أحدهما - إذا أعتق نصف عبده ، عتق نصفه ، وهو بين خيارين : إن شاء أعتق الباقى ، وإن شاء استسعى[١] العبد . وقالا[٢] : عتق كله وليس له / حق السعاية .
٢/٥٧

والثانى - إذا أعتق نصيبه من عبد مشترك بينه وبين غيره ، لا يعتق كله ، غير أن المعتق : إن كان موسرا فالشريك بين خيارات ثلاثة : إن شاء أعتق نصيبه ، وإن شاء ضمن [المعتق][٣] ، وإن شاء استسعى العبد . وإن كان معسراً ، فهو بين خيارين : إن شاء أعتق نصيبه ، وإن شاء استسعى العبد .

وقالا : يعتق كله ، وليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعتاق[٤] .

وحاصل الخلاف راجع إلى أن الإعتاق فى النصف هل يوجب هـ زوال الرق عن المحل كله أم لا ؟ عنده : لا يوجب ، بل يبقى كل المحل رقيقا ، ولكن زال الملك عن النصف[٥] . وعندهما : يوجب زوال الرق عن الكل .

والوجه فيه - أن الرق لو زال عن المحل لا يخلو : إما أن يزول موجبا للتصرف ابتداء ، أو بناء على ما هو الموجب :

لا وجه للأول - لأن زوال الرق ليس موجبا أصليا للإعتاق ، لأن موجب التصرف

---

(١) استسعى العبد كلفه من العمل ما يؤدى به عن نفسه إذا أُعتق بعضه ليعتق به ما بقى . والسعاية الكسر ما كلف من ذلك - القاموس . والمعجم الوسيط . وانظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٣٨٩ وما بعدها .

(٢) قال السمرقندى فى التحفة ، ٢ : ٣٨٩ : « .. الإعتاق يتجزأ عند أبى حنيفة رحمه الله . وعند أبى يوسف ومحمد لا يتجزأ » . وفى الأصل كذا : « وقلا » - راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ١٥٨ .

(٣) راجع : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٣٨٩ .

(٤) انظر الكاسانى ، ٤ : ٨٧ وما بعدها .

(٥) سيبين ذلك فيما بعد بقليل .

ابتداء ما يدخل تحت ولاية المتصرف ، وزوال الرق لا يدخل تحت ولايته ، لأن الرق فى المحل : إما أن يثبت حقا لله تعالى ، أو حقا لعامه[١] الناس . لأنه إما أن يكون ثابتا عقوبة على كفره وجزاء على استنكافه[٢] من أن يكون عبدا لله ، ومن هذا الوجه يكون حقا للشرع . وإما أن يكون دفعا لشره عن كافة الناس والمسلمين ، بدلا عن القتل أو تمكينا لهم من تملكه وإقامة مصالحهم به بواسطة التملك ، كالإباحة فى الصيد . ومن هذين الوجهين يكون حقا لكافة الناس من المسلمين . وكيفما كان ، فإبطال حق الشرع وحق كافة المسلمين لا يدخل تحت ولاية المالك قصدا وابتداء .

ولا وجه للثانى – لأن موجب التصرف ابتداء زوال ملك المولى ، لأنه الداخل تحت ولايته ، وهو إزالة الملك عن نصف المحل ، وليس من ضرورة / زوال الملك عن نصف المحل زواله عن الباق ، فيبقى الملك فى الباق ، فلا يزول الرق عن المحل ، لأن زوال الرق عن كل المحل موقوف على زوال الملك عن كل المحل ، فيحتاج إلى بيان أشياء : ١/٥٨

[١ –] إلى بيان معنى الملك والرق ، وأنهما غيران .

[٢ –] وإلى بيان [أن] المحل فى حق الملك متجزىء ، فيتصور زوال الملك عن البعض دون البعض .

[٣ –] وإلى بيان أن زوال الرق عن المحل موقوف على زوال الملك عن كل المحل .

أما الأول : .

[بيان معنى الملك ، والرق ، وأنهما غيران] – فنقول :

ملك المحل – عبارة عن حالة شرعية أو صفة شرعية للمحل تقتضى[٣] إطلاق

---

(١) فى الأصل : « للعامة الناس » .

(٢) استنكف من الشىء وعنه أنف وامتنع – المعجم الوسيط . وفى القرآن الكريم : ﴿ لن يستنكف المسيح أن يكون عبدا لله ولا الملائكة المقربون ومن يستنكف عن عبادته ويستكبر فسيحشرهم إليه جميعا .. وأما الذين استنكفوا واستكبروا فيعذبهم .. ﴾ النساء : ١٧٢ – ١٧٣ .

(٣) فى الأصل : « يقتضى » .

التصرف فى المحل . وليس من ضرورة ثبوت هذه الحالة أن يترتب عليه إطلاق التصرف لا محالة ، بل يترتب عليه الإطلاق لولا المانع ، وقد لا يترتب لمانع ، كملك الخمر وغيره . بيانه - أن الحالة التى سميناها ملكا حالة معقولة ، لأن التفرقة ثابتة بين المحل الذى يطلق للإنسان التصرف فيه وبين المحل الذى لا يطلق التصرف فيه - أعنى هذه التصرفات المخصوصة المختصة بالملك ، فلابد لهذه التفرقة من متعلق ما ، وهو أمر شرعى لا حسى ، فسمى تلك الحالة ملكا ، فثبت أن هذه حالة معقولة . والدليل على أن الملك هو هذه الحالة الشرعية أنا إذا وصفنا المحل بكونه مملوكا يلازمه إطلاق التصرفات ويفهم منه ذلك ، فحينئذ لا يخلو : إما أن يكون الملك نفس إطلاق التصرف ، أو هو أمر يقتضى إطلاق التصرف :

لا وجه للأول ، لأن الملك [قد] يوجد فى محل لا يوجد [فيه] إطلاق التصرف ، كملك الخمر وملك الخسيس والمهر[1] والملك للطفل والميت فى قدر ما يحتاج والملك فى المرهون والمستأجر وغير ذلك من المواضع . وكذا ملك الوطء ثابت حال الحيض فى المنكوحة والأمة وإطلاق الوطء غير[2] ثابت - دل عليه : أن من اشترى أباه أو المحلوف عليه بعتقه / يثبت الملك حتى يعتق ولم يثبت إطلاق التصرف بوجه ما - فثبت أن الملك عبارة عن هذه الحالة .

٢/٥٨

وأما الرق - فهو عبارة عن وصف حكمى والمراد به حالة فى المحل يظهر أثرها فى حجره عن دفع تملك الغير عن نفسه ، ولأجلها يصح الاستيلاء عليه والتملك ، كالحياة مع العلم والقدرة ، [ففى][3] الحياة معنى مصحح للعلم والقدرة لا يتصور ثبوتهما بدونها ، وهذا أمر معقول ، لأن التفرقة ثابتة بين كون المحل بحالة لا يصح عليه الاستيلاء

(١) انظر فى المهر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ١٩٩ وما بعدها وفيه : « من تزوج امرأة بغير مهر أو بشرط أن لا مهر لها وأجازت المرأة - فإن النكاح ينعقد ويجب مهر المثل ، عند أصحابنا . وعند الشافعى : النكاح جائز بغير مهر » .

(٢) « غير » ليست واضحة .

(٣) فى الأصل كلمة غير مقروءة تشبه « فيمكن » أو نحو ذلك ، ولعلها « فيكمن » وسيأتى بعد سطور قوله : « كالحياة المصححة للعلم والقدرة » .

والتملك ، وبين كونه بحالة يصح عليه الاستيلاء والتملك ، والأول للحر والثانى هو الرقيق ، فلابد لهذه التفرقة من متعلق شرعى ، فتسمى تلك الحالة رقا .

وإذا ثبت هذا ثبت المغايرة بين الملك والرق ، لأن الأمر المصحح للملك يكون غيره ، ويكون ثابتاً قبله ، كالحياة المصححة للعلم والقدرة ..

وأما الثانى :

وهو أن المحل فى حق الملك يتجزأ ، ويتصور زوال الملك عن البعض دون البعض : [فدليله] الحكم والمعقول :

أما الحكم – [فقد] أجمعنا على أنه يجوز بيع النصف شائعا وهبة النصف والتصرف فى النصف والوصية به ، وأثر هذه الأحكام فى إزالة ملك الأول وإثبات ملك الثانى(١) . فلو لم يكن المحل متجزئا ، لما جاز .

وأما المعقول – وهو أن الملك متى كان عبارة عن معنى أو صفة شرعية فى المحل ، جاز أن يثبت شائعا فى البعض دون البعض ، فيترتب عليه إطلاق التصرف والانتفاع بالنصف دون النصف بطريقه ، أو تقتضى تلك الصفة أن يكون تصرفه فى النصف حقا **غير مؤاخذ عليه ، وفى النصف الآخر يكون بغير حق مؤاخذ عليه . وإذا ثبت** أن المحل فى حق الملك يتجزأ ، وقد أزال ملكه عن النصف دون النصف ، لا يزول ملكه عن الكل .

وأما الثالث :

١/٥٩ وهو أن زوال الرق عن كل المحل موقوف على زوال الملك عن / كل المحل :

[فذلك] أنه متى بقى الملك فى بعض المحل يبقى الرق فيه ، ضرورة أنه لا يصح الملك بدون الرق ، وإذا بقى الرق فى النصف بقى فى الباقى ، ضرورة أن المحل فى

(١) أى أحكام هذه التصرفات فى إزالة ملك الأول عن النصف المبيع أو الموهوب أو الموصى به ، وإثبات ملك الثانى فى هذا النصف المبيع أو الموهوب أو الموصى به .

حق الرق لا يتجزأ ، لأنه عبارة عن الضعف الحكمى ، ولا يتصور أن يكون بعض المحل ضعيفا والبعض قويا شائعا ، بخلاف الملك - على ما ذكرنا .

فإن قيل : قولكم بأن الرق حق الشرع أو حق المسلمين ؟ قلنا : فى حالة الابتداء يعنى أم فى حالة البقاء ؟ م ع . وهذا لأنه فى حالة البقاء [صار][١] حقا للمولى ، لأنه يتعلق به حقه [أثرا][٢] للملك ، وإذا كان الملك حقا للمولى[٣] كان الرق أيضا حقا له .

ولئن سلمنا أنه حق الشرع ، ولكن [لِمَ] لا يتمكن من إزالته : ابتداء أم نيابة عن الشرع ؟ م ع - فلم قلتم بأن الشرع لم يُثبت له ولاية إزالة الرق ؟ وبيان [ـه] أنه أثبت أنه ندبه إلى الإعتاق وحثه عليه بأبلغ الوجوه ، وكذا[٤] كلفه فى باب الكفارة بالتحرير - وهو[٥] ينبىء عن الخلوص عن الرق ، والإعتاق [عبارة] عن القوة وإزالة الضعف الحكمى ، فدل الندب والأمر على إثبات الولاية نيابة ، وقد أزال [الضعف] عن البعض ، فيزول عن الكل ، لاستحالة أن يكون البعض قويا شائعا والبعض ضعيفا شائعا ، وصار كالطلاق والصلح عن دم العمد إذا أضيفا إلى النصف .

ولئن سلمنا أن زوال الرق ليس بموجب تصرفه ابتداء ، [فـ] لم قلتم أنه ليس بموجب تصرفه بناء ؟ .

---

(١) كلمة مكانها بياض إلا ما يشبه حرف « ر » والظاهر أنها « صار » .

(٢) كلمة غير واضحة تشبه : « لا مصحح » .

(٣) « لأنه يتعلق به .. حقا للمولى » وردت فى الهامش تصحيحا .

(٤) فى الأصل كذا : « وكذ » .

(٥) « وهو » غير كاملة - قال الكاسانى فى البدائع ، ٤ : ٩٨ : « والعتق فى اللغة عبارة عن القوة .. وفى عرف الشرع اسم لقوة حكمية للذات يدفع بها الاستيلاء والتملك عن نفسه ولهذا كان مقابله وهو الرق عبارة عن الضعف فى اللغة .. وفى متعارف الشرع يراد به الضعف الحكمى الذى يصير به الآدمى محلا للتملك . وعلى عبارة التحرير الحكم الأصلى للتحرير هو ثبوت الحرية ، لأن التحرير هو إثبات الحرية وهى الخلوص ... وفى عرف الشرع يراد بها الخلوص عن الملك والرق .. » .

قوله بأن الموجب الأصلي زوال الملك – قلنا : لا نسلم ، بل هو ثبوت العتق ، والعتق هو القوة الحكمية ، وإنه داخل تحت ولايته ثم يزول الملك والرق بناء عليه .

ولئن سلمنا أن الموجب الأصلي زوال الملك ، لكن لم قلتم بأن المحل فى حق الملك متجزئ ؟ .

وأما ما ذكر من الأحكام – قلنا : لا نسلم أنه زوال الملك بل هو إضافة الملك إلى المشتري بعد إضافته إلى البائع . /

٢/٥٩ وأما المعقول – قلنا : لم قلتم بأنه يتصور ثبوته فى البعض دون البعض ؟ وهذا لأن التصرف فى نصف المحل شائعا دون البعض لا يتصور ، بخلاف العبد المشترك ، لأن ذلك إشارة إلى تعدد التصرف لا إلى تجزىء محل التصرف .

والدليل على [أن] الملك لا يتجزأ ، أنا أجمعنا على أنه لا يتصور الملك فى الابتداء فى النصف دون النصف .

ثم نقول : إن المملوكية إذا زالت عن النصف ، تثبت المالكية بقدره فى الباق ، لأنه لا يتجزأ ، وإذا ثبتت المالكية فى الكل زال الرق عن الكل ضرورة .

ثم الدليل على أن الإعتاق لا يتجزأ أن إعتاق النصف يتعدى إلى الباق ، حتى لا يباع الباق ولا هـ يوهب ، وإنه لا يتجزأ فى الاستيلاد .

والدليل على أن حق الاستيلاد لا يتجزأ – أن أحد الشريكين لو استولد ، تملك نصيب الآخر ، وتصير أم ولد له[١] . فحق العتق إذا كان لا يتجزأ ، فحقيقته أولى[٢] .

---

(١) قال السمرقندى فى التحفة ، ٢ : ٤٠٦ « وإذا كانت (أم الولد) مشتركة فجاءت بولد ، فادعاه أحدهما : يثبت النسب منه ، وتصير الجارية كلها أم ولد له ، ويضمن قيمة نصيب شريكه ويضمن نصف العقر ويكون الولد حرا . فإن ادعاه الآخر يثبت النسب منهما جميعا وتصير الجارية أم ولد لهما » .

(٢) فى الأصل كذا : « أولا » .

والدليل على [ذلك] أن إعتاق أم الولد لا يتجزأ ، حتى إن أم الولد إذا أتت بولد فادعياه ، يعتق كله[١] .

وكذا معارض بالنص : « من أعتق شقصا له من عبد عتق كله ليس لله فيه شريك »[٢] .

الجواب :

الرق حق الشرع حالة الابتداء أم حالة البقاء ؟ قلنا : المعنى الذى أوجب كونه حقا للشرع فى الابتداء [وهو] كونه عقوبة وجزاء على الكفر ، وحقا للمسلمين وهو كونه وسيلة إلى دفع الشر عنهم - قائم فى حالة البقاء ، فيقتضى كونه حقا للشرع ولهم فى هذه الحالة .

قوله : تعلق به حقه وهو الملك - قلنا : بلى ، ولكن أثر هذا فى منع الغير من إبطاله ، حتى لا يثبت حقه ، لا فى إثبات ولاية الإبطال له ، لأن فى إبطاله إبطال حق الغير .

قوله : لم قلتم بأنه لا يتمكن من ذلك نيابة عن الشرع - قلنا : لأن النيابة خلاف الأصل .

قوله : ندبه إلى الإعتاق - قلنا : الكلام / فى الإعتاق المندوب إليه أنه إزالة الملك ٦٠/

(١) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ١٦٤ .

(٢) فى بلوغ المرام ، رقم ١٢٢١ ص ٢٢١ : « عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : « من أعتق شركا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد . وإلا فقد عتق منه ما عتق » متفق عليه . ولهما عن أبى هريرة : « وإلا قوم عليه واستسعى غير مشقوق عليه » وقيل إن السعاية مدرجة فى الخبر . وانظر : سبل السلام ، ٤ : ١٣٣٦ و ١٣٣٧ ص ١٤٩٧ - ١٥٠٠ وفيه : وللعلماء فى المسألة أقوال أقواها ما وافقه هذا الحديث وهو أنه لا يعتق نصيب الشريك إلا بدفع القيمة ، وهو المشهور من مذهب مالك . وبه قال أهل الظاهر وهو قول للشافعى . وقالت الهادوية وآخرون : إنه يعتق العبد جميعه ، وإن لم يكن للمعتق مال فإنه يستسعى العبد فى حصة الشريك مستدلين » ص ١٤٩٨ منه .

قصدا وابتداء وزوال الرق بناء عليه .

قوله : إن الموجب الأصلى لهذا التصرف إنما هو إثبات العتق والقوة – قلنا : ذلك لا يصلح موجبا ، لأنه لا يدخل تحت قدرته .

قوله : لم قلتم بأن الملك يتجزأ – قلنا : لما ذكرنا من الأحكام .

قوله : بأن أثر هذه التصرفات فى نقل الملك لا فى إزالة الملك – قلنا : ليس كذلك ، بل أثرها فى إزالة الملك ، بدليل أن البيع والهبة يسمى تمليكا[1] ، لا نقلا للملك .

قوله : بأن التصرف فى النصف لا يتصور – قلنا : فى الجملة يتصور . وهو أن ينتفع بطريق التهايؤ . والمسألة ممنوعة على قول محمد بن سلمة – فإنه[2] قال : لو فتح الإمام بلدا وضرب الرق على أنصاف أهله يصح .

قوله : من ضرورة زوال المملوكية ثبوت المالكية – قلنا : لا نسلم ، بل يتصور أن يكون المحل لا مملوكا ولا مالكا .

قوله : يتعدى إلى الباقى – قلنا : هذا التصرف يوجب استحقاق إزالة الباقى موقوفا على التضمين أو الإعتاق أو الاستسعاء رعاية للجوانب أجمع هـ .

وأما إعتاق أم الولد – [فـ] يتجزأ أيضا ، إلا أنه يعتق الباقى فى الحال ، لا لعلة عدم التجزىء ، بل لأنه لا فائدة فى التأخير لعدم التضمين والاستسعاء لعدم القيمة . وأما الاستيلاء [فـ] لا يمكن تأخيره ، لأن حق الحرية ثبت ، وهو مانع [من][3] الوطء والاستيلاد ولا [يتأخر] إلى وقت سعاية الأم ، لأنه لا يجب عليها ، فيجب على المستولد ، لأنه أهل ، فيعتق بالضمان – أما هذا بخلافه .

وأما الحديث [فـ] معارض بقوله : « من أعتق شقصا من عبد قوم عليه نصيب

---

(١) « تمليكا » غير واضحة فى الأصل . قال فى التحفة ، ٣ : ٢٦٥ : « حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم .. » .

(٢) فى الأصل : « فإن » . (٣) فى الأصل : « و » .

شريكه إن كان موسرا وإلا عتق ما عتق ورق ما رق »[١] .

على أنا نقول : قوله : « عتق كله[٢] » أى يعتق كله محمولا على ما ذكرنا عملا[٣] .

والله أعلم .

---

(١) راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ١٦٥ نقلا عن بلوغ المرام رقم ١٢٢١ ص ٢٢١ . وسبل السلام ، ٤ : ١٣٣٦ - ١٣٣٧ ، ص ١٤٩٧ ـ ١٥٠٠ .

(٢) فى الحديث المتقدم (ص ١٦٥) وهو : « من أعتق شقصا له من عبد عتق كله ليس لله فيه شريك » .

(٣) فى الهامش من آخر هذه الصفحة (١/٦٠ من المخطوطة) « ... أم الولد غير متقومة إن ولدها يحدث حرا ولو كانت متقومة لكان الولد مالا متقوما بالأصل » وفى التحفة ، ٢ : ٤٠٩ : « ... ولقب المسألة أن أم الولد غير متقومة من حيث إنها مال (وفى نسخة : غير مال) عند أبى حنيفة رحمه الله - خلافا لهما » .

قال الكاسانى ، ٤ : ٨٧ - « وكذا إعتاق أم الولد متجزىء والثابت له عتق النصف وإنما يثبت له العتق فى النصف الباقى لا بإعتاقه بل لعدم الفائدة فى بقاء نصيب الشريك كما فى الطلاق والعفو عن القصاص على ما عرف فى مسائل الخلاف . والله أعلم .

وأما الاستيلاد فممنوع أنه لا يتجزأ بل هو متجزىء فإن الأمة المشتركة بين اثنين إذا جاءت بولد فادعياه جميعا صارت أم ولد لهما إلا أنه إذا ادعى أحدهما صارت كلها أم ولد له لوجود سبب التكامل وهو نسبة كل أم الولد إليه بواسطة الولد على ما نذكره فى كتاب الاستيلاد . وما من متجزىء إلا وله حال الكمال إذا وجد السبب بكمال يتكامل وإذا وجد قاصرا لا يتكامل بل يثبت بقدره . وفى مسألتنا وجد قاصرا فلم يتكامل » الكاسانى ، ٤ : ٨٧ . وانظر : ابن الهمام ، فتح القدير جـ ٤ ، ص ٣٧٧ وما بعدها .

٦٧ ـــ **مسألة** : العتق لا يتجزأ[١] .

والوجه فيه – أن تجزؤ العتق إما أن يُكون بثبوت العتق فى جزء معين ، أو بثبوت العتق فى جزء غير معين .

٢/٦٠ لا وجه للأول – / لأنه خلاف الإجماع .

ولا وجه للثانى – لأن العتق عبارة عن قوة [حكمية للذات يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه[٢] . ولا يتصور ثبوت هذه فى بعضه شائعا – فقطع بعدم تجزئه][٣] .

فإذا ثبتت القوة فى جزء ، يتعين ذلك الجزء من بين سائر الأجزاء . وإذا انحصر تجزى[٤] العتق فى هذين القسمين .

وكل واحد منهما منتف [فـ] انتفى التجزؤ[٥] .

فإن قيل : التعليل يخالف مذهبكم بدليل ما ذكر محمد فى الزيادات : رجل له ثلاثة أعبد فدخل عليه اثنان فقال : أحدكما حر ، فخرج أحدهما ثم دخل الآخر فقال :

---

(١) راجع المسألة ٦٦ : « الإعتاق يتجزأ » ص ١٥٨ وما بعدها . ومحمد بن الحسن ، الأصل ، ٤ : ٢٣٢ – ٢٣٣ .

(٢) من الكاسانى ، ٤ : ٩٨ . وفى الأصل عبارة غير مقروءة هكذا : « .. العتق عبارة عن قوة دافعة نحوه سبب الملك توحه ... » .

(٣) من البحر الرائق لابن نجيم ، ٤ : ٢٥٣ . وانظر أيضا : الكاسانى ، ٤ : ٨٦ . والزيلعى والشلبى عليه ، ٣ : ٧٢ .

(٤) كذا فى الأصل دون نقط فتنطق « تجزى » أو « يجرى » .

(٥) عبارة « فإذا ثبتت القوة ... انتفى التجزؤ » كذا فى الأصل – أثبتناها كما هى بعد محاولات متعددة فى تقويم العبارة غير مجدية . وانظر فى الموضوع : الكاسانى ، ٤ : ٨٦ . والزيلعى والشلبى عليه ، ٣ : ٧٢ . وابن نجيم ، البحر ، ٤ : ٢٥٣ ، والهداية وشروحها وخاصة فتح القدير ، ٤ : ٣٧٧ وما بعدها . والله أعلم .

أحدكما حر ثم مات قبل البيان – فإنه يعتق من الخارج نصفه ومن الثابت ثلاثة أرباعه ومن الداخل ربعه عند محمد . وعند أبي حنيفة وأبو يوسف نصفه – فاتفقوا على تجزء العتق .

ثم نقول : لم قلتم بأنه لا يثبت العتق فى جزء غير معين ؟ .

قولكم : لو ثبت فى جزء تخصص ذلك الجزء بزيادة قوة ، فيلزم منه تمييزه من بين سائر الأجزاء . قلنا : متى ؟ إذا عرف ذلك الجزء من بين سائر الأجزاء أم إذا لم يعرف ؟ م ع – ولا يمكن دعواه ، بدليل أن بيع الجزء المشاع جائز وإن لم يتعين من بين سائر الأجزاء ، ولكن لما [لم]يعرف(١) من بين سائر الأجزاء لا يثبت التعيين .

ثم نقول : ثبوت العتق فى الكل يكون عتقا من غير إعتاقه ، وذلك ضرر .

ثم هذا معارض بما أورده البخارى ومسلم فى الصحيحين عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال : « من أعتق شركا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوّم العبد عليه قيمة عَدْل ، فأعطى شركاءه حصصهم ، وعَتَق عليه العبد ، وإلا فقد عتق منه ما عتق »(٢) .

الجواب :

قوله : التعليل يخالف مذهبكم – قلنا : لا نسلم .

وأما المسألة – قلنا : الإعتاق ثمة عبارة عن إزالة الملك / ، لأن الملك يتجزأ وليس من ضرورة تجزؤ الملك تجزؤ العتق ، على ما قررنا فى مسألة تجزؤ الإعتاق(٣) . /٦١

قوله : لم قلتم بأنه لا يثبت فى جزء غير معين – قلنا : لما ذكرنا .

---

(١) فى الأصل : « تعرف » .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ١٦٥ . وبلوغ المرام رقم ١٢٢١ ص ٢٢١ . وسبل السلام ، ٤ : ١٣٣٦ ، ١٣٣٧ ص ١٤٩٧ – ١٥٠٠ .

(٣) راجع المسألة السابقة « الإعتاق يتجزأ » رقم ٦٦ ص ١٥٨ وما بعدها .

قوله : متى ؟ إذا عرف من بين سائر الأجزاء أم إذا لم يعرف - قلنا : إذا ثبت أنه اختص بزيادة القوة يلزم منه تعينه من بين سائر الأجزاء .

وأما ما ذكر من جواز بيع الجزء المشاع - قلنا : البيع تصرف فى الملك والملك يتجزأ ، أما العتق [ف] تصرف فى الرق ، و(١)الرق لا يتجزأ .

وأما قوله : ثبوت العتق فى الكل يكون عتقا من غير إعتاقه ، وذلك ضرر - قلنا : نعم ، ولكنه ضرر حصل ضمنا وضرورة ، لما ذكرنا من الدليل ، وإنه ينجبر هذا الضرر بالضمان أو الاستسعاء رعاية للجوانب .

وأما الحديث - [ف] معارض بما روى أبو هريرة عن النبى ﷺ أنه قال : « من أعتق شقيصا من مملوك فعليه خلاصه فى ماله . فإن لم يكن له مال قُوم المملوك قيمة عدل ثم استسعى غير مشقوق عليه » متفق على صحته(٢) ولو لم يعتق(٣) الكل لما أوجب الضمان أو السعاية ، لمكان النافى .

٦٧ مكررا(٤) - **مسألة** : إذا اشترى أباه ناويا عن كفارة يمينه أجزأه عن الكفارة ، خلافا له .

والوجه فيه - أنه أتى بتحرير الرقبة ، فوجب أن يخرج عن العهدة .

وإنما قلنا ذلك - لأنه أتى بإعتاق الرقبة ، لأن الإجماع منعقد على ثبوت العتق فى المحل ، ولا يثبت العتق فى المحل إلا بإعتاقه لمكان النافى .

وإذا ثبت أنه أتى بتحرير الرقبة ، وجب أن يخرج عن العهدة ، لأن المعنى من بقائه فى العهدة استحقاقه للعقاب المتعلق بترك الإتيان بالتحرير ، ويستحيل ذلك ولا ترك(٥) .

---

(١) « و » غير ظاهرة فى الأصل وموضعها بياض .

(٢) راجع فيما تقدم ص ١٦٥ والهامش ٢ منها .

(٣) فى الأصل « نعتق » .

(٤) كررنا الرقم لعدم تغيير الأرقام التالية .

(٥) الظاهر أنه يستحيل خروجه عن العهدة وعن العقاب بلا ترك الإتيان بالتحرير .

فإن قيل : لا نسلم بأن الإعتاق وجد منه .

قولكم : بأن العتق ثابت فى المحل ، ولا يثبت العتق فى المحل بدون إعتاقه / لما فيه من ضرر زوال الملك – قلنا : لا نسلم بأن ملك الابن ثابت[١] على الأب ، وهذا لأن الملك عبارة عن القدرة على التصرفات ، والابن لا يملك على رقبة الأب من التصرفات شيئا ، فلا يكون[٢] الملك ثابتا . ٢/٦١

ولئن سلمنا أنه وجد منه الإعتاق ، ولكن لم قلتم بأن الأب رقبة – وهذا لأن الرقبة عبارة عن المملوك – هكذا ذكره الخليل[٣] ، والأب ليس بمملوك لما ذكرنا .

ولئن سلمنا أنه مملوك ، ولكن متى يخرج عن العهدة : إذا كان منتفعا به أم إذا لم يكن ؟ م ع . وهذا لأنا أجمعنا على أنه لو أعتق العمياء والشلاء ، لا يخرج عن العهدة ، لفوات بعض الانتفاعات ، فههنا أولى ، لفوات الكل .

ولئن سلمنا أنه منتفع به ، ولكن متى يخرج عن العهدة : إذا كان الإعتاق بعوض أم إذا لم يكن ؟ ع م . ولا يمكن دعوى الأول ، لأنه لو أعتق على مال ناويا عن الكفارة لا يصح ، والإعتاق ههنا بعوض ، وهو الثواب الحاصل بمجازاة نعم الأب ، لقوله عليه السلام : « لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه ، فيعتقه »[٤] .

الجواب :

أما قوله : بأن ملك الابن ثابت على الأب[٥] – قلنا : لأن العتق ثابت ولا عتق

---

(١) « ثابت » غير واضحة فى الأصل .

(٢) فى الأصل : « فلا يكون فلا يكون » فتكررت العبارة .

(٣) لا توجد نقطة على الخاء فى الأصل . وفى مختار الصحاح : « والرقبة أيضا المملوك » .

(٤) ذكره فى بلوغ المرام ، رقم ١٢٢٢ ص ٢٢١ بلفظ : « لا يجزى ... » بدل « لن .. يجزى ... » وانظر أيضا فيه رقم ١٢٢٣ ص ٢٢٢ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٣٣٨ و ١٣٣٩ ص ١٥٠١ – ١٥٠٢ .

(٥) فى الأصل : « على الابن » وظاهر أنه خطأ من الناسخ .

بدون الملك ، لقوله عليه السلام : « لا عتق إلا فيما يملك »[١] وكذا قوله عليه السلام : « من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر »[٢] .

وأما قوله بأن الابن[٣] لا يملك التصرفات عليه – قلنا : لأن شرطه دوام الملك ، ولم يوجد .

أما قوله : لم قلتم بأن الأب رقبة – قلنا : لأن الرقبة ذات أو مملوك[٤] ، والأب ذات ومملوك لما ذكرنا .

قوله : متى يخرج عن العهدة : إذا كان منتفعا به أم إذا لم يكن ؟ قلنا : إذا كان منتفعا به وهو منتفع به .

قوله : الابن لا ينتفع به – قلنا : إمكان الانتفاع ثابت ، وهو منتفع لولا المانع .

١/٦٢ قوله : متى يخرج عن العهدة : إذا كان الإعتاق بعوض أم إذا / لم يكن ؟ – قلنا : إذا كان بغير عوض ، وإنه بغير عوض دنياوى ، والمانع من الخروج عن العهدة هو العوض الدنياوى كما ذكر ، أما ههنا بخلافه .

٦٨ ـــ **مسألة** : الشهادة القائمة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد ، خلافا لهما .

---

(١) لم يورده صاحب بلوغ المرام . فى « كتاب العتق » ولا فى « باب المدبر والمكاتب وأم الولد » انظر فيه ص ٢٢١ – ٢٢٣ . وسبل السلام ، ٤ : ص ١٤٩٤ – ١٥١٢ .

(٢) أورده صاحب بلوغ المرام تحت رقم ١٢٢٣ ص ٢٢٢ . وكذا صاحب سبل السلام ، ٤ : رقم ١٣٣٩ ص ١٥٠١ – ١٥٠٢ .

(٣) فى الأصل كذا : « الأب » .

(٤) فى المعجم الوسيط : الرقبة وتطلق على جميع ذات الإنسان تسمية للشىء باسم بعضه لشرفه وأهميته . وجعلت فى التعارف اسما للمملوك أو المكاتب . تقول : أعتق رقبة : عبدا أو أمة . وأعتق الله رقبته .

والوجه فيه – أن هذه شهادة قامت على حق العبد ، فلا تقبل من غير دعواه ، قياسا على الشهادة القائمة على ملك الأموال .

وإنما قلنا ذلك – لأنها قامت على عتقه ، وعتقه حقه ، لأن حق العبد ما تعلق به نفع عاجل للعبد ، وعتقه قد تعلق به نفع عاجل له ، وهو تمكنه من استيفاء مصالح نفسه وأهليته للقضاء والشهادة وغيرها ، ودفع ضرر تملك الغير عن نفسه ، فامتناعه من الدعوى يدل على أن الحق غير ثابت ، لأنه لو كان ثابتا لأقدم عليه استيفاء لحقه ، وإذا لم يكن ثابتا ، يختل الصدق فى الشهادة ، فلا تقبل .

فإن قيل : قولكم بأن العتق قد تعلق به نفع عاجل للعبد – قلنا : نفع يقصد بالإعتاق أم نفع يحصل بطريق الاتفاق ؟ ع م – وهذا لأن النفع الذى يقصد بالإعتاق حصول الثواب والثناء ، لا نفع العبد ، فلا يشترط الدعوى لمثل هذا النفع الاتفاق .

ولئن سلمنا أنه تعلق به نفع العبد مقصودا ، ولكن كل المقصود أم بعض المقصود ؟ ع م – وهذا لأن نفع العبد كما هو مقصود من شرع الإعتاق ، فثبوت أهلية حقوق الله تعالى من وجوب الزكاة والحج والكفارات والجمع وغيرها أيضا مقصود للشرع . وإذا كان حق الشرع من وجه وحق العبد من وجه ، تقبل الشهادة من غير دعواه ، كالشهادة على عتق الأمة وطلاق المرأة .

ولئن سلمنا أنه هذا نفع يختص بالعبد ، ولكن كما أن العبد ينتفع ، فالناس / أيضا ينتفعون بذلك ، فتقبل الشهادة من غير دعواه ، كما فى الحدود . ٢/٦٢

ولئن سلمنا أنه حق العبد ، ولكن لم قلتم بأن امتناعه يدل على أن الحق غير ثابت ؟ .

قوله : لو كان ثابتا لأقدم على الدعوى استيفاء لحقه – قلنا : متى ؟ إذا كان عالما بالنفع المتعلق بالإعتاق أم إذا لم يكن ؟ م ع – وهذا لأن المولى ربما أعتقه بغير علمه .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على إقدامه ، ولكن تعلق الضرر بالعتق بسبب وجوب المؤن والنفقات مما يمنعه عن ذلك .

الجواب :

قوله : نفع العبد قصد بالإعتاق أم لم يقصد ؟ قلنا : قصد ، لأن العبد محتاج إليه ، وهو يستحق النظر والكرامة ، والشرع ورد به .

قوله : كل المقصود أم بعض المقصود ؟ قلنا : كل المقصود الأصلي من شرع الإعتاق ، لأنه يتصور العتق بدون اندفاع[١] تملك الغير عنه .

أما أهلية حقوق الله مما ينفك العتق عنها ، بدليل الطفل والمجنون - بخلاف الأمة والطلاق ، فإنه يضمن تحريم الفرج وضررها فوق ضرر العبد[٢] .

قوله : كما أن العبد ينتفع به ، فالناس ينتفعون به - قلنا : بلى ، ولكنه ينتفع[٣] بحصته ، بخلاف الحدود ، لأنهم ينتفعون بها بطريق الانزجار .

قوله : بأن المولى ربما أعتقه بغير علمه - قلنا : لو كان العتق حاصلا ، لكان العبد عالما به ظاهرا وغالبا ، لأن من أنعم على غيره ، فالظاهر أنه يعلمه تطييبا لقلبه وطلبا للمدح والثناء .

قوله : تعلق العتق بالضرر[٤] يمنعه - قلنا : نفع الإعتاق يزيد على ضرره ، بدليل أن كل عبد إذا خير بين الحرية والرق ، يختار الحرية ، فعلم أنه لا يقابله الضرر ، فلا يمنعه من الدعوى .

والله أعلم .

---

(١) لعل الأوضح أن يقال : « بدون دفع ... » أو « مع اندفاع .. » .

(٢) هذا رد على قوله المتقدم (ص ١٧٣) : « فثبوت أهلية حقوق الله تعالى من وجوب الزكاة والحج والكفارات والجمع وغيرها أيضا مقصود للشرع . وإذا كان حق الشرع من وجه وحق العبد من وجه تقبل الشهادة من غير دعواه كالشهادة على عتق الأمة وطلاق المرأة » وذلك لتحريم الفرج - انظر الكاساني ، ٤ : ١١٠ - ١١١ .

(٣) في الأصل : « ينفع » .

(٤) قبل كلمة « بالضرر » كلمة غير واضحة . وهو رد على القول فيما تقدم : « ... ولكن تعلق الضرر بالعتق بسبب وجوب المؤن والنفقات مما يمنعه عن ذلك » .

٦٩ ـ **مسألة** : رجلان اشتريا عبدا أو اتهبا عبدا هو قريب أحدهما حتى عتق نصيبه ، **لا يضمن لشريكه نصيبه / ، علم بذلك أو لم يعلم . وقالا : يضمن .** ١/٦٣

والوجه – أنه رضي بإفساد ملكه أو بإبطاله ، فلا يجب الضمان ، قياسا على ما إذا قال لشريكه « أعتق » .

وإنما قلنا ذلك – لأن الخلاف فيما إذا قال للشريك القريب ، « اشتر هذا العبد معى » وهذا طلب شراء القريب ، وشراء القريب يلازمه[١] العتق ، والعتق يلازم[٢] إفساد نصيبه ، والرضا بالشيء رضا به وبلوازمه ، والرضا بالضرر يخرجه من أن يكون ضررا ، فلو وجب الضمان ، لا لدفع الضرر ، يكون ضررا ، والشرع ينفى[٣] الضرر .

فإن قيل : قولكم بأنه رضي بإفساد ملكه – قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر من وجهين : أحدهما – أنه ضرر ، والعاقل لا يرضى بالضرر . والثانى – أن بذل العوض فى مقابلة العبد دليل تعلق المصلحة به ، فلا يرضى إبطاله .

قوله : طلب الشراء – قلنا : طلب الشراء من حيث إنه تملك أو من حيث هو إعتاق ؟ م ع . دل عليه أنه لو رضى به من حيث هو إعتاق وإفساد ، لكان هذا شراء بشرط الإعتاق ، وإنه فاسد ، وحيث لم يفسد علم أن الرضى به لم يتعلق[٤] .

ولئن سلمنا أنه رضى به ، ولكن مطلقا أم بشرط الضمان ؟ ع م . وهذا لأن الظاهر لا يرضى بالضرر المحض ، فكان رضاه مشروطا بالضمان ، فيجب الضمان[٥] .

ولئن سلمنا أنه رضى به مطلقا ، ولكن الرضا ينفى ضمان التملك أو ضمان

---

(١) كذا الظاهر وقد تكون « يلازم » .

(٢) كذا الظاهر فى الأصل .

(٣) هذه الكلمة « ينفى » غير واضحة فى الأصل .

(٤) انظر : الكاسانى ، البدائع ، ٤ : ٤٩ – ٥٠ .

(٥) راجع ما تقدم قبل بسطور قليلة قوله : « والثانى – أن بذل العوض فى مقابلة العبد دليل تعلق المصلحة به فلا يرضى بإبطاله » .

الاتلاف ؟ ع م : بيانه - أن هذا ضمان تملك ، بدليل أنه لا يتمكن من إفساد نصيب الغير وإبطاله إلا بالتملك ، وإنه لا ينفى الضمان ، كما إذا استولد أحدهما الجارية المشتركة برضا صاحبه : يجب الضمان - كذا هذا .

الجواب :

قوله : الظاهر من حال العاقل أنه لا يرضى بتلف ماله - قلنا : متى ؟ إذا تعلق به نفع أم إذا لم يتعلق ؟ ع م - وقد تعلق به نفع ، وهو ثبوت العتق على / وجه يستفيد الثناء والثواب أو المال بسبب السعاية على بعض الروايات .   ٢/٦٣

وبه خرج الجواب عن قوله : بذل العوض فى مقابلته .

قوله : طلب الشراء من حيث هو تملك أو من حيث هو[١] إعتاق - قلنا : من الوجهين جميعا[٢] ، لأنه طلب الشراء ، وهذا الشراء له وصفان : التمليك والإعتاق ، والرضا به يكون رضا بالوصفين جميعا .

قوله : لو رضى به من حيث هو إعتاق ، لكان شراء بشرط الإعتاق ، فيفيد - قلنا : لا نسلم ، فإن الشراء إنما يفيد باشتراط الإعتاق فيه ، ولم يوجد منهما ذلك ، بل وجد الرضا بموجب الشراء .

قوله : بأن الإعتاق بدون الضمان إضرار ، والظاهر أنه لا يرضى به - قلنا : إنما لا يكون راضيا به إذا لم يقابله نفع يعادله ، وقد قابله على ما مر . على أن كونه عاقلا ، إن كان يمنع الرضا بدون الضمان ، فكون القريب عاقلا يمنع التزام الضمان .

قوله : بأن هذا ضمان تملك أو ضمان إفساد - قلنا : ضمان إفساد : أما على أصل أبى حنيفة ، فلأن الإعتاق يتجزأ[٣] . وأما على أصلهما ، وإن كان لا يتجزأ[٤] ، ولكنه ليس يتملك أصلا ومقصودا بل ضمنا وضرورة ، فلا يراعى فيه حكمه .

---

(١) عبارة « تملك أو من حيث هو » وردت فى الهامش مع علامة النقص فى هذا الموضع .

(٢) فى الأصل كذا : « جميعا » - وانظر ما يلى بعد كلمات .

(٣ - ٤) راجع فيما تقدم المسألة رقم ٦٦ ص ١٥٨ وما بعدها .

٧٠ ــ **مسألة** : المكاتب إذا مات عن وفاء ، لا ينفسخ عقد الكتابة ، بل يؤدى بدل الكتابة عنه ، ويحكم بحريته وحرية أولاده وسلامة أكسابه . وعنده ينفسخ وتسلم الأولاد والأكساب للمولى(١) .

والوجه فيه – أن عقد الكتابة صدر مطلقا ، غير مختص بزمان دون زمان ، فوجب القول ببقائه ، قياسا على موت المولى .

وإنما قلنا ذلك – لأن الكلام فيما إذا لم يقيده بزمان ، فوجب القول ببقائه ، لأن المصالح المتعلقة بالكتابة للمولى وللمكاتب ، من حصول بدل الكتابة والولاء والثواب وحصول شرف الحرية وعتق الأولاد يمكن تحصيلها بعد الموت عن وفاء ، فيبقى هـ / ، تحصيلا لها . ١/٦٤

فإن قيل : قولكم بأن مصالح الكتابة يمكن تحصيلها بعد الموت – قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأن حاجة المولى الوصول إلى المال ، وبفسخ الكتابة يكون المال أبلغ حصولا ، لأنه يسلم له أكسابه وأولاده ، وذاك أوفر من بدل الكتابة ، وحاجة المكاتب من الحرية التمكن من التصرفات وأهليته للولايات والشهادات ، وهذه الحوائج تنتهى بالموت . أما عتق الأولاد فذلك من توابع الكتابة ، فلا معول عليها .

وأما القياس على موت(٢) المولى – فالفرق ظاهر ، لأن المولى عاقد والمكاتب عاقد ومعقود عليه ، وهلاك العاقد لا يخل ببقاء العقد ، ولكن هلاك المعقود عليه يخل به ، كموت البائع وهلاك المبيع . ولأن الحرية لو ثبتت : إما أن تثبت قبل الموت أو بعده : لا وجه للأول ، لانعدام شرط الحرية وهو الأداء . ولا وجه للثانى ، لانعدام الأهلية والمحلية أو لانعدام الفائدة ، فلا تثبت .

الجواب :

أما قوله بأن حاجة المولى الوصول إلى المال وبفسخ الكتابة يكون المال أبلغ

---

(١) انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٤١٩ .

(٢) « موت » غير ظاهرة فى الأصل .

حصولا – قلنا : عقد الكتابة ما عقد للوصول إلى مطلق الحال ، بل إلى بدل الكتابة والثناء والثواب ، ولا حصول لهذه الأغراض إلا ببقاء عقد الكتابة .

قوله : حاجة المكاتب تنتهى بالموت – قلنا : لا نسلم ، بل حاجته قائمة ، لأن حاجته تحصيل آثار الحرية ومالكيته لاكتسابه(١) على وجه يظهر فى حق تجهيزه وقضاء ديونه وحرية أولاده ودعائهم له بعد موته .

قوله : بأن هلاك المعقود عليه يخل ببقاء العقد – قلنا : يخل ببقاء العقد لذاته أو لتعذر الوصول إلى مقاصد العقد ؟ ع م . وهذا لأن الحكم المختص بالكتابة استحقاق الاكتساب(٢) والحرية ، ويمكن إثبات الحرية فى آخر جزء من أجزاء حياته . بخلاف هلاك المبيع / فإنه يمنع الوصول إلى المقصود المطلوب من العقد . ٢/٦٤

قوله : الحرية لو ثبتت إما أن تثبت قبل الموت أو بعده – قلنا : قبل الموت .

قوله : شرط الحرية الأداء ولم يوجد – قلنا : شرط الحرية الأداء على تقدير بقاء المكاتب . أما على تقدير موته [فـ] نقدره حيا مؤديا حكما ، دفعا للحاجة من الجانبين ، كما فى موت المولى فإنا نقدره معتِقا مع ما ذكرتم من الترديد .

٧١ ـــ **مسألة** : بيع المدبر المطلق لا يجوز . وهو أن يقول لعبده : « دبرتك » أو يقول : « أنت حر بعد موتى » .

وأجمعوا على أن بيع المدبر المقيد يجوز ، وهو أن يقول : « إذا مت من هذا المرض فأنت حر » .

والوجه فيه – أن التدبير انعقد سببا للحرية فى الحال ، فوجب الحجر عن البيع ، قياسا على الاستيلاد(٣) .

---

(١) كذا فى الأصل : « لاكتسابه » وتقدم فى عبارة المسألة نفسها : « أكسابه – والأكساب ».وكذا فى مجال البيان « أكسابه » .

(٢) انظر الهامش السابق .

(٣) انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٤٠٨ – ٤١٠ .

وإنما قلنا ذلك – لأن الحرية بعد الموت إنما تحصل به ، ولا يمكن أن يكون سببا بعد الموت ، لعدم الأهلية ، فتعين أن يكون سببا فى الحال ، فوجب الحجر عن البيع ، لأن فى البيع إبطال حق العبد ، وإنه ضرر .

فإن قيل : قولكم بأن التدبير انعقد سببا للحرية فى الحال – قلنا : أيش تعنى به ؟ تعنى به أنه يلزم من كلامه الحرية عند وجود الشرط ، فهذا مسلم ، ولكنه لا يمنع البيع – دل عليه أنه لو قال له : « إن دخلت الدار فأنت حر » ، لا يمنع البيع قبل دخول الدار . وإن عنيت به أن هذا الكلام علة للحرية فممنوع – دل عليه أنه لو قال : « إن مت من مرضى هذا » لا يمنع البيع – كذا هذا .

ولئن سلمنا أنه انعقد سببا ، ولكن لم قلتم بأنه لا يمكن أن يكون سببا بعد الموت ؟ .

قوله : انعدمت الأهلية – قلنا : حقيقة أم حكما ؟ م ع . وهذا لأن الشرع يقدره أهلا عند وجود / الشرط ، كما إذا قال : « إن دخلت الدار فأنت حر » ثم جن ثم دخل الدار ، يعتق – كذا هذا . /٦٥

ولئن سلمنا أنه انعقد سببا ، ولكن مشروطا بخيار الإبطال ، لأنه فى معنى الوصية ، فيشترط فيه خيار الإبطال .

ولئن سلمنا أن الإبطال ممنوع – ولكن لم قلتم بأن البيع يبطل التدبير ؟ وظاهر أنه لا يبطله حتى لو باعه ثم اشتراه يكون مدبرا ، وإذا مات يعتق من غير تدبير جديد .

الجواب :

عنينا بسبب الحرية كونه [محققا لحالة(٢)] شرعية تقتضى ثبوت الحرية ، كسائر الأسباب الشرعية(٣) – بخلاف قوله : « إن دخلت الدار فأنت حر » ، لأن هناك

---

(١) هنا كلمة غير ظاهرة .

(٢ – ٣) فى الأصل غير كاملة ففيه كذا : « محـ ـا ـحاله » . وفى تعريفات الجرجانى : « السبب فى الشريعة عبارة عما يكون طريقا للوصول إلى الحكم غير مؤثر فيه » وفى ميزان الأصول للسمرقندى ، ص ٦١٠ : « وهو ما يتوصل به إلى الحكم من غير أن يثبت به » كالحبل الذى هو =

أخرنا الحكم عن السبب ضرورة . أما لا ضرورة ههنا . أو نقول ثمة : لم يثبت وصف السببية فى الحال ، بل منع من انعقاده سببا . وبخلاف المدبر المقيد ، لأنه تعذر جعله سببا بعد الموت - لما مر ، وتعذر جعله سببا للحال ، لأنه تردد فى جعله سببا ، لأنه ربما يموت من هذا المرض وربما لا يموت ، أما ههنا بخلافه .

قوله : انعدمت الأهلية بعد الموت حقيقة أم حكما ؟ - قلنا : حقيقة وحكما . أما حقيقة فظاهر . وأما حكما ، فلأنه لا يجرى عليه أحكام الأحياء - بخلاف قوله : « إن دخلت الدار فأنت حر » ثم جن ، لأن ثمة يمكن تقديره أهلا ومعتقا . ووجه الفرق أن هذا تصرف محتاج إليه عادة ، فتكلفنا لتصحيحه[1] .

قوله : هذا سبب مشروط بخيار الإبطال - قلنا : لا نسلم .

قوله : التدبير وصية - قلنا : لا نسلم ، بل هو تمليك بعد الموت . ولهذا لا ينعقد بلفظ الوصية ، ولا يعتبر من الثلث ، ولا يرد بالرد[2] .

قوله : لم قلتم بأن التدبير يبطل بالبيع - قلنا : لأن السبب إنما ينعقد ليفضى إلى الحكم ، إما قطعا أو غالبا . فإذا باع فالظاهر أنه يبقى على ملك المشترى / فيصير الحكم موهوما غير غالب .

٢/٦٥

والله أعلم .

= سبب يتوصل به إلى الماء ، وإن كان يحصل الوصول بالاستقاء . وكذلك الطريق يتوصل به إلى المقصد وإن كان الوصول يحصل بالمشى ، لا به » .

(١) هنا فى الهامش عبارة غير مقروءة من معالمها : « هذا الطريق وذلك يحتاج إليه ولا يتكلف لتصحيحه » .

(٢) انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٤١٢ وما بعدها .

[٧]

كتـاب الأيمـان

٧٢ ـــ [**مسألة :**] إذا قال الرجل : « لله على أن أذبح ولدى أو أنحره[١] » – يصح[٢] نذره ويخرج عن العهدة بذبح شاة .

وأجمعوا على أنه لو قال : « لله على أن أقتل ولدى » – إنه لا يصح .

والوجه فيه – أن الناذر بذبح الولد مأمور بذبح الولد ، فيلزمه ذبح الشاة بطريق الفداء ، استدلالا بقصة[٣] الخليل عليه السلام .

وإنما قلنا : إن الناذر بذبح الولد مأمور بذبح الولد لقوله تعالى : ﴿ وليوفوا نذورهم ﴾[٤] – أمر الله تعالى بالوفاء بالنذر مطلقا ، والوفاء ههنا بالنذر ذبح الولد . وإنما قلنا يلزمه ذبح الشاة ، لأن الإتيان بعين المنذور به تعذر ههنا بالإجماع ، فيجب الإتيان بالفداء وفاء بالنذر ، بقدر الإمكان – كما ذكرنا فى قصة[٥] الخليل عليه السلام .

فإن قيل : قولكم بأن الناذر بذبح الولد مأمور به – قلنا : أولا – لا نسلم أنه ناذر ، وإنما سميناه « ناذرا » بطريق المجاز ، لأن النذر تصرف إيجاب مضافا إلى محل قابل ، وإنه غير موجود ههنا .

---

(١) الذبح فى الحَلْق والنَّحر فى اللَّبة – مختار الصحاح .

(٢) فى الأصل كذا : « نصح » .

(٣) قد تكون « بقضية » – انظر فيما يلى الهامش ٥ ، وسيأتى فيما بعد « قصة » و « بقضية » .

(٤) الحج : ٢٩ – ﴿ ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق ﴾ .

(٥) لعلها : « قضية » راجع فيما تقدم الهامش ٣ . وسيأتى فيما بعد : « قصة » و « بقضية » .

ولئن سلمنا أنه نادر ، ولكن لم قلتم بأنه مأمور بذبح الولد ؟ .

وأما النص – قلنا : لا يتناوله ، لأنه ورد فى شأن الحج ، فكان المراد منه ذبح الشاة والهدى[١] لا ذبح الولد .

ولئن سلمنا أنه مأمور بذبح الولد – لكن لم قلتم بأنه يلزمه ذبح الشاة ؟ .

قوله : تعذر الإتيان بعين المنذور – فيجب الإتيان بالفداء – قلنا : لا نسلم بأن الإتيان بالفداء يصلح أن يكون وفاء بالنذر بوجه من الوجوه .

وأما قصة الخليل – قلنا : لا نسلم بأنه أمر بذبح الولد . أو نقول : أمر بمقدمات الذبح ، وقد أتى بها . أو نقول ، لم قلتم بأن ذبح الشاة كان واجبا بذلك الأمر ؟ .

ولا نسلم أن الشاة تصلح فداء ، ولأن ذبح الشاة ههنا : إما أن يجب بطريق الفداء أو لا بطريق الفداء .

١/٦٦ **إن قال بالثانى – فلا يصح الاستدلال بقضية الخليل . وإن / قال بالأول ، فلا يمكن ، لأن الفداء ما يتحمل مكروها متوجها على الغير بحيث لولاه لنزل به[٢] . وهذا يتصور فى حق الخليل عليه السلام ، أما لا يتصور فى المتنازع فيه ، وصار هذا كما إذا قال : لله على أن أقتل ولدى أو أذبح عبدى – فإنه لا يصح نذره – كذا هذا .
ثم هذا معارض بما روى البخارى وأبو داود فى صحاحهما[٣] عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه[٤] » وبما روى مسلم وأبو داود فى الصحيح عن عمران بن حصين قال : قال رسول الله ﷺ : « لا وفاء لنذر فى معصية ، ولا فيما [لا] يملك العبد[٥] » مختصر من**

---

(١) الهَدْى ما يُهدى إلى الحرم من النَّعم – مختار الصحاح .

(٢) فى تعريفات الجرجانى : « الفداء البدل الذى يتخلص به المكلف عن مكروه توجه إليه » .

(٣) فى الأصل : « فى صحاحهم » .

(٤ – ٥) فى بلوغ المرام ، رقم ١١٨٠ ص ٢١٥ : « ... وللبخارى من حديث عائشة : =

حديث طويل .

الجواب :

الدليل على أن هذا نذر حقيقة أن هذه الصيغة إذا أضيفت إلى الشاة كانت نذرا ، والمعصية لا تخرجه من أن يكون نذرا ، لأنه سمى « نذرا » فى الحديث ، والأصل هو الحقيقة .

قوله : الآية نزلت فى حق الحاج – قلنا : إذا ثبت هذا الحكم فى حق الحاج ، يثبت فى حق غيره ، بنتيجة الإجماع .

قوله : إن كان مأمورا بذبح الولد لم يلزمه ذبح الشاة – قلنا : توفيرا لأحد موجبى الأمر .

قوله : لم قلتم بأنه يصلح موجبا – قلنا : استدلالا بقصة الخليل .

قوله : لم قلتم بأن الخليل أمر بذلك – قلنا : لقوله : ﴿ يا أبت افعل ما تؤمر ﴾(١) ، أى ما أنت مأمور به فى الحال .

قوله : أمر بمقدمات الذبح – قلنا : لا نسلم ، بل بالذبح بدليل سياق الآية(٢) .

قوله : لم قلتم : إن ذبح الشاة كان واجبا بذلك الأمر – قلنا : لأن الله سماه

= « ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه » ولمسلم من حديث عمران : لا وفاء لنذر فى معصية » وفيه أيضا ، رقم ١١٨٣ ص ٢١٥ : « وعن ثابت بن الضحاك أن رسول الله ﷺ قال من حديث طويل : « أوف بنذرك ، فإنه لا وفاء لنذر فى معصية الله ولا فى قطيعة رحم ولا فيما لا يملك ابن آدم » رواه أبو داود والطبرانى واللفظ له وهو صحيح الإسناد وله شاهد من حديث كَرْدَم عند أحمد . وانظر أيضا فيه رقم ١١٨٦ ص ٢١٦ . وكذا سبل السلام ، ٤ : رقم ١٢٨٩ و ١٢٩٠ ص ١٤٥٠ – ١٤٥١ ورقم ١٢٩٣ ص ١٤٥٣ و ١٤٥٤ .

(١) الصافات : ١٠٢ وانظر الهامش التالى .

(٢) راجع من سورة الصافات الآية ١٠٠ وما بعدها ومنها الآية ١٠١ : ﴿ فلما بلغ معه السعى قال يابنى إنى أرى فى المنام أنى أذبحك فانظر ماذا ترى ... ﴾ .

فداء[١] .

قوله : لم قلتم بأنه يصلح فداء – قلنا : لأن تسميته ، [و] قد أعقبت الأمر بذبح الولد ، يدل على التصور والصلاحية .

قوله : أوجبتم ذبح الشاة بطريق الفداء أم بطريق الابتداء ؟ قلنا : بطريق الفداء ، لأنا نوجب بواسطة إيجاب الله / تعالى ، لأنه أمر بالوفاء بالنذر ، فكان الأمر متناولا لذبح الولد ، فكان بحال لولا وجوب ذبح الشاة ، لوجب ذبح الولد .

٢/٦٦

وأما قوله : « لله على أن أقتل ولدى » – قلنا : هذه اللفظة لا تستعمل فى القربات التى يصح التزامها بالنذر ، حتى لو قال : « لله على أن أقتل شاتى » لا يصح النذر ، والنذر بذبح العبد خص عن قضية النص ، فلا يدل على التخصيص ههنا .

وأما الحديث الأول – قلنا : نقول بموجبه : إنه لا يعصى الله بذبح الولد .

وأما الحديث الثانى أيضا – قلنا : بموجبه ، لأنه لا وفاء حينئذ بذبح الشاة ، إنما الوفاء بذبح الولد ، وذلك المنفى بالحديث .

والله أعلم .

٧٣ ــ **مسألة** : اليمين الغموس لا توجب الكفارة[٢] .

والوجه فيه – أن هذه جناية مكفرة بالتوبة ، فلا تجب كفارة أخرى ، قياسا على سائر الجنايات[٣] .

---

(١) سورة الصافات : ١٠٧ : ﴿ وفديناه بذبح عظيم ﴾ .

(٢ ــ ٣) انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٤٣٥ – ٤٣٦ : « وأما اليمين التى لا تكفر فهى يمين الغموس – وهى اليمين الكاذبة قصدا – فى الماضى : كقوله : « والله لقد دخلت هذه الدار » وهو يعلم أنه ما دخلها . وفى الحال نحو قوله لرجل : « والله إنه عمرو » مع علمه أنه زيد – ونحوها . وحكمها وجوب التوبة والاستغفار ، دون الكفارة بالمال ، عندنا . وعند الشافعى : تجب الكفارة بالمال – وهى مسألة معروفة » .

وإنما قلنا إنها مكفرة بالتوبة بالنصوص ، نحو قوله تعالى : ﴿ وتوبوا إلى الله جميعاً — الآية ﴾[١] وقوله عليه السلام : « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » وقوله : « التوبة تمحو الحوْبة »[٢] ، فلا تجب الكفارة ، لأن الدليل ينفى إيجاب الكفارة لكونه ضررا ، إلا أنا خالفناه فى بعض الصور ولا نخالفه ههنا .

فإن قيل : قولكم بأن هذه جناية مكفرة بالتوبة — قلنا : لا نسلم .

وأما النصوص — قلنا : خص منها اليمين المنعقدة ، وهى مثل هذه الجناية فى كونه هتكا لحرمة اسم الله ، فالتخصيص ثم تخصيص[٣] ههنا .

ولئن سلمنا أنها مكفرة بالتوبة — ولكن لم قلتم بأنه لا يجب الإعتاق ؟ .

قوله : لأنه ضرر[٤] — قلنا : متى يكون ضررا : إذا قابله نفع أم إذا لم يقابله ؟ ع م — وهذا لأن العقلاء لا يطلقون اسم الضرر على الزراعة والحجامة[٥] وغيرها لما قابلها من النفع ، فكذا الإعتاق : قابله نفع ، وهو الثواب ، فلا يكون ضررا .

ولئن سلمنا أنه ضرر ولكن لم قلتم بأنه لا يجب ؟ .

١/٦٧ أما الحديث — قلنا : قوله عليه السلام : « لا ضرر » لا يخلو : / إما أن ينفى وجوب الإعتاق أو لا ينفى : فإن كان لا ينفى لا يصح التمسك به . وإن قلتم ينفى ، فلا يصح إيضا ، لأنكم ما منعتم وجوب الإعتاق ههنا ابتداء بل بناء على كونه ضررا وحراما ، ولم تثبت الحرمة لأن الإعتاق لا يتصور إلا مباحا أو مندوبا إليه ، ولو أعتق فى المتنازع لا يأثم .

---

(١) النور : ٣١ : ﴿ ... وتوبوا إلى الله جميعا أيها المؤمنون لعلكم تفلحون ﴾ .

(٢) الحَوْبة الإثم — المعجم الوجيز . والوسيط .

(٣) « ثم » غير واضحة فى الأصل . وفى الأصل كذا : « محصص » . وستأتى بعد سطور فى « الجواب » .

(٤) راجع ما تقدم من قوله : « .. لأن الدليل ينفى إيجاب الكفارة لكونه ضررا ... » .

(٥) حجم المريضَ عالجة بالحجامة وهى امتصاص الدم بالمحجم — انظر المعجم الوسيط ففيه معان أخر .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم﴾(١) ثم فسر الكسب بقوله : ﴿ ولكن يؤاخذكم بما عقدتم - الآية(٢) ﴾ .

الجواب :

قوله بأن النصوص خص منها اليمين المنعقدة - قلنا : لا نسلم بأن التخصيص ثمة تخصيص(٣) ههنا ولا نسلم بأن هذه الجناية مثل تلك الجناية .

بيانه - أن تلك الجناية هتك حرمة(٤) اسم الله تعالى وترك التعظيم بترك البر ، وهذه الجناية ترويج الكذب بذكر الله على وجه التعظيم ، لأنه غير مستخف ، لأنه لو كان مستخفا لما كفر ، حيث حلف باللات والعزى كاذبا ، وإنه يكفر بالإجماع .

قوله : هذه الجناية إن كانت مكفرة لم لا يجب الإعتاق ؟ قلنا : لما ذكرنا أنه ضرر ، والدليل ينفيه .

والدليل على أنه إضرار أنه إزالة الملك وتفويت المنافع .

(١ - ٢) البقرة : ٢٢٥ . وانظر أيضا : المائدة : ٨٩ : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم واحفظوا أيمانكم كذلك يبين الله لكم آياته لعلكم تشكرون ﴾ .

(٣) فى الأصل : « تخصيصا » .

(٤) العبارة فى الأصل : « هتك اسم حرمة الله تعالى » وفوق « اسم » كلمة « مقدم » كما يظهر لنا - فتكون العبارة إذن : « هتك مقدم لاسم حرمة الله تعالى » ولعل الصحيح : « هتك مقدم لحرمة اسم الله تعالى » .

وسيأتى فى المسألة التالية (رقم ٧٤) : « وقصد هتك حرمة اسم الله حرام وذنب » و « اليمين تعريض لاسم الله تعالى للهتك » .

قوله : متى يكون ضررا – إذا قابله نفع أم لا ؟ قلنا : هذا من باب المعارضة .

قوله : قابله نفع الثواب – قلنا : بلى ، إذا فعله باختياره ورضاه ، ولا كلام فيه ، وإنما الكلام فى الإيجاب عليه جبرا من غير رضاه .

وأما قوله بأن الإعتاق ليس بحرام – قلنا : الإعتاق جبرا أم برضاه ؟ ع م . وهذا لأنه إذا أعتق باختياره ورضاه لا يكون حراما ولا ضررا ولا كلام فيه ، ولكن الإعتاق بغير رضاه جبرا لا يكون إلا حراما ، ولهذا لو أكرهه على عتق عبده يجب عليه الضمان .

وأما الآية – قلنا : لا نسلم بأن المؤاخذة فى هذه الآية مفسرة بالكفارة ، بل تلك آية أخرى ، وهذه أخرى فى حالة أخرى ، فلا يصح التمسك بها .

٧٤ ــ **مسألة** : التكفير قبل الحنث لا يجوز .

والوجه / فيه – أن التصرف الواقع قبل الحنث ، لم يقع تكفيرا ، فلا يعتد[١] به ، ٢/٦٧ فى إسقاط الأمر الوارد بالتكفير ، قياسا على التكفير قبل اليمين .

وإنما قلنا ذلك – لأن وقوع التصرف تكفيرا يقف على وجود الذنب ، لأن الكفارة شرعت لرفع[٢] الذنب ، لأن الكفر فى اللغة هو الستر ، وستر الذنب يقتضى قيام الذنب ضرورة ، ولا ذنب ههنا ، لأن الموجود ليس إلا اليمين ، واليمين ليست بذنب ، لأنه مباح بالإجماع .

قوله : لأن وقوعه تكفيرا يقف على وجود الذنب – قلنا : لا نسلم[٣] .

فإن قيل : قولكم بأن التصرف الواقع قبل الحنث لم يقع تكفيرا – قلنا : لا نسلم .

---

(١) فى الأصل قد تكون : « فلا يعتمد به » .

(٢) فى الأصل : قد تكون : « لدفع » .

(٣) « قوله : لأن وقوعه تكفيرا يقف على وجود الذنب – قلنا : لا نسلم » جاءت فى الهامش .

قوله : لأن الكفر هو الستر والكفارة ستر الذنب – قلنا : لا نسلم بأنه يتصور ستر الذنب .

ولئن سلمنا أنها شرعت لستر الذنب ، لكن لم قلتم بأنه لا ذنب ههنا ؟

قوله : لأن الموجود منه يمين ، وإنه مباح – قلنا : لا نسلم . وهذا لأن الهتك حرام ، واليمين سبب للهتك ، والتعرض للهتك حرام . أو نقول : وجد منه قصد الحنث ، بدليل إقدامه على الإعتاق ، وقصد هتك حرمة اسم الله حرام وذنب .

ولئن سلمنا أنه لم يوجد ذنب الحنث(١) فى الحال ، ولكن لا شك أنه يوجد عند الحنث ، فيكون مستندا إلى وقت وجود اليمين ، فيستند التكفير أيضا . ولأن الأصل فى قاعدة الشرع أن أداء الحكم بعد وجود سببه يجوز ، كأداة الزكاة بعد النصاب قبل الحول ، وأداء العشر قبل انعقاد الحبة(٢) ، وقد وجد السبب ههنا ، وهو اليمين ، بدليل اشتراط الأهلية حال اليمين ، لا حال الحنث .

ثم هذا معارض بما روى عبد الرحمن بن سَمُرة قال : قال رسول الله ﷺ : « يا عبد الرحمن لا تسأل الإمارة فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها وإن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها . وإذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك وائت الذى هو خير »(٣) متفق على صحته – رواه البخارى ومسلم وأبو داود وابن عيسى والنسائى وابن ماجة / .

(١) الحِنث الإثم والذنب وبلغ الغلام الحِنث أى بلغ المعصية والطاعة بالبلوغ . والحِنث الخُلْف فى اليمين . تقول : أحنثه فى يمينه فحِنث . وتقول : منهما حِنث بالكسر حِنثا بكسر الحاء – المعجم الوسيط ومختار الصحاح .

(٢) أحبَّ الزرع بدا حَبُّه وكذا حَبَّب الزرع بدا حَبُّه . والحَبُّ ما يكون فى السنبل والأكمام كالقمح والشعير والحَبَّة واحدة الحَبّ والحَبة من الشىء جزؤه – والعُشْر ما يؤخذ من زكاة الأرض التى أسلم أهلها عليها وهى التى أحياها المسلمون من الأرضين والقطائع والجمع عُشُور وأعْشار – المعجم الوسيط .

(٣) بلوغ المرام ، رقم ١١٧٢ ص ٢١٣ . وسبل السلام ، ٤ . رقم ١٢٨٠ ص ١٤٣٥ وفى شرح الحديث رقم ١٢٩٩ ص ١٤٥٩ .

ولا يقال بأنه معارض بما روى أبو موسى قال : قال رسول الله ﷺ : « إنى والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرا منها إلا أتيت[١] الذى هى خير وتحللتها » من حديث طويل أورده البخارى ومسلم - لأنا نقول : ١/٦٨

[أولا] هذا الحديث حجة عليكم ، لا علينا ، لأن توارد هذين الحديثين يدل على جواز التكفير قبل الحنث وبعده ، ونحن نقول به ، وأنتم لا تقولون إلا بالجواز بعده .

والجواب الثانى - أن الحديث الثانى ذكر بحرف الواو ، والواو للجمع المطلق وإنه لا يقتضى الترتيب ، كما يقال « جاءنى زيد وعمرو » . وأما الحديث الأول ذكره بحرف الفاء ، وإنه للتعقيب ، فلا يحتمل التأخير ، فكان الثانى محمولا[٢] على الأول .

والله أعلم .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن ستر الذنب متصور - قلنا : لقوله تعالى : ﴿ عسى ربكم أن يكفر عنكم سيئاتكم ﴾[٣] أى يسترها ، ولأن ستر الذنب محو أثره ورفع حكمه[٤] .

قوله : لم قلتم بأن اليمين ليس بذنب - قلنا : لقوله عليه السلام : « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت »[٥] .

قوله بأن اليمين تعريض لاسم الله تعالى للهتك - قلنا : لا نسلم ، بل الظاهر من حال المسلم أن لا يقصد هتك اسم الله تعالى .

(١) فى الأصل كذا : « خير منها إلا اب » .

(٢) فى الأصل : « محمول » .

(٣) التحريم : ٨ .

(٤) فى الأصل : « حكم » .

(٥) بلوغ المرام ، رقم ١١٧٠ ص ٢١٣ ، وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٢٧٧ ص ١٤٣١ ، ١٤٣٢ .

قوله : لم قلتم بأن ذنب الحال لم يوجد مستندا – قلنا : لأن هذا الذنب غير موجود فى الحال ، وطريق الاستناد خلاف الأصل .

وأما تعجيل الزكاة : [فـ] إنما جاز لوجود محل الواجب ، وسبب الوجوب ملك النصاب ، ولا نسلم بأن اليمين سبب بل هو ذكر الله تعالى ، أو سبب عند الحنث لا قبله .

وأما الحديث فمعارض بما روى من الحديث الثانى .

على أن ما ذكرناه مؤيد بالقياس على سائر الجنايات من الحدود والقصاص والظهار والإفطار[١]

٧٥ ـــ **مسألة** : إذا أعتق رقبة كافرة عن كفارة اليمين أو الظهار يجزئه .

٢/٦٨ والوجه – أن المأمور به / تحرير رقبة مطلقا ، وقد أتى به فيخرج عن العهدة[٢] .

وإنما قلنا ذلك – لقوله تعالى : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم – إلى قوله – أو تحرير رقبة ﴾[٣] وإنه مطلق ، لأن الرقبة المطلقة اسم لذات مملوك مرقوق من كل وجه ، والرقبة الكافرة ذات مرقوق مملوك من كل وجه ، لأن كمال الذات بكمال الأجزاء ، والكفر لا ينافيه ، فثبت أن المأمور به تحرير رقبة مطلقا ، وقد أتى به ، لأنه أتى بصيغة[٤] التحرير ، قاصدا به إثبات الحرية بجهة التكفير ، فخرج عن العهدة .

---

(١) فوق الراء آخر كلمة « الإفطار » دائرة صغيرة ومقابلها فى الهامش كلمة غير واضحة تشبه « قوبل » أو « قوله » .

(٢) فى الأصل : « العهد » انظر ما يلى بعد قليل .

(٣) المائدة : ٨٩ – ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم واحفظوا أيمانكم ... ﴾ – والبقرة : ٢٢٥ : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم والله غفور حليم ﴾ .

(٤) فى الأصل كذا : « بصغيه » .

فإن قيل : قولكم بأن المأمور به تحرير رقبة مطلقا – قلنا : لا نسلم بأنه مطلق .

بيانه – وهو أنه تقيد بوصف السلامة عن العمى والشلل ، مع أن العمياء والشلاء رقبة مطلقا .

ولئن سلمنا أنه[١] مطلق ههنا ، ولكن تقيد بقيد الإيمان ، لقوله تعالى فى كفارة القتل : ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾[٢] والمطلق يحمل على المقيد .

ولئن سلمنا أنه مطلق ولكن أتى بالتحرير من كل وجه أم من وجه دون وجه ؟ ع م – وهذا لأن التحرير بإزالة الرق ، والرق بعد الإعتاق ههنا قائم من وجه ، لأن سببه قائم ، وهو الكفر .

ولئن سلمنا أنه أتى بالتحرير من كل وجه ، ولكن هذه رقبة قائمة من كل وجه أم من وجه دون وجه ؟ ع م – وهذا لأن الكافر قائم من وجه هالك من وجه ، لقوله تعالى : ﴿ أو من كان ميتا فأحييناه ﴾[٣] أى كافرا ، ولأنه لا ينتفع به من كل وجه ، وهو استعماله فى التصرفات الشرعية والحسية ، لِنَفْرِ[٤] الطبع عن صحبته .

ولئن سلمنا أن يجوز من كل وجه ، ولكن تحرير هو حسنة من كل وجه أم حسنة من وجه سيئة[٥] من وجه ؟ ع م . وهذا لأنه أعانه على الكفر بقوة العتق ، فكان سيئة

---

(١) « سلمنا أنه » غير واضحة فى الأصل .

(٢) النساء : ٩٢ – ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ... »

(٣) الأنعام : ١٢٢ – ﴿ أو من كان ميتا فأحييناه وجعلنا له نورا يمشى به فى الناس كمن مثله فى الظلمات ليس بخارج منها كذلك زين للكافرين ما كانوا يعملون ﴾ .

(٤) نَفَر نَفْرا ونُفُورا فَزِع وانقبض غير راض عنه ونفرت المرأة من زوجها أعرضت وصدت – المعجم الوسيط .

(٥) « سيئة » غير واضحة تماماً فى الأصل – انظر ما يلى .

من وجه لا يقع كفارة ، لأن تكفير السيئات بالحسنات - قال الله تعالى : ﴿ إن الحسنات يذهبن السيئات ﴾[١] .

الجواب :

١/٦٠ قوله : لم قلتم بأن المأمور به تحرير رقبة مطلق - قلنا : لأن المعنى من المطلق ما / يكون متعرضا للذات دون الصفات ، وإنه كذلك ههنا .

قوله : تقيد بوصف السلامة عن العمى والشلل - قلنا : لا نسلم بأنه مطلق . وبيان أنه ليس مطلقا[٢] ما ذكرنا أن المطلق بكمال الذات[٣] ولم يوجد .

قوله : المطلق يحمل على المقيد - قلنا : لا نسلم ، بل يعمل بكل واحد منهما على حدة ، لاستقلاله بنفسه .

قوله : بأن الرق من وجه قائم لقيام الكفر - قلنا : ليس مطلق الكفر سببا للرق ، بل الكفر الموجه للشر نحونا ولم يوجد .

قوله : هذه رقبة قائمة من كل وجه أم من وجه ؟ قلنا : من كل وجه لكمال الذات والصورة على ما مر .

قوله : الكافر هالك من وجه - قلنا : لا نسلم .

وأما النص - قلنا : المراد ثمة الهلاك فى حق أحكام الآخرة ، فلا يخل بكمال الذات فى حق أحكام الدنيا .

قوله : إنه غير منتفع به - قلنا : لا نسلم بل ينتفع به ، لأن المنفعة المطلوبة من الآدمى كونه ممكنا من التوحيد والجرى على موجب التكاليف والاستعداد لأمور الدنيا ، وإنه موجود فيه .

---

(١) هود : ١١٤ .

(٢) فى الأصل : « مطلق » .

(٣) قد تكون « للذات » - انظر ما يلى .

قوله : ينفر[١] طبعه عنه - قلنا : لا ينفر[٢] الطبع عنه بجهة الاستخدام ، لأن فيه إذلاله وإهانته .

قوله : هذا تحرير هو حسنة من وجه سيئة من وجه - قلنا : النص لا يتعرض لذلك ، على أن هذا حسنة من كل وجه ، لأنه تخليص العبد عن الرق وتمكينه من إقامة الفرائض والطاعات .

قوله : بأنه إعانة على الكفر - قلنا : الكفر والمعصية لا يحصل بالتمكين ، بل هو فعل اختيارى لا يتعلق بالرق هـ والعتق .

والله أعلم .

٧٦ ــ **مسألة** : إذا أعتق المكاتب[٣] عن كفارة يمينه يجزئه .

والوجه فيه - أنه أعتق رقبة مطلقا بنية التكفير ، فيخرج عن العهدة ، قياسا على ما إذا أعتق القِنَّ[٤] .

وإنما قلنا ذلك - لأنه أتى بصيغة الإعتاق ، قاصدا به الإعتاق ، بجهة التكفير .

وإنما قلنا إنه رقبة مطلقا - وذلك لأن الكتابة لا تخلو : إما أن تكون مانعة وقوع / التصرف تحريرا أو لم تكن مانعة . فإن لم تكن مانعة ، أمكن القول بوقوعه تحريرا مطلقا . /٦٩ وإن كانت مانعة ، أمكن القول بوقوعه تحريرا أيضا بواسطة فسخ الكتابة ، لأنها قابلة للفسخ ، بدليل أنهما لو تفاسخا أو عجز المكاتب[٥] نفسه ، تفسخ الكتابة .

(١ ــ ٢) فى الأصل كذا : « سعر ــ لا سفر » .

(٣) المكاتَب العبد يُكَاتب على نفسه بثمنه فإذا سعى وأدَّاه عَتَق - مختار الصحاح - وانظر : السمرقندى التحفة ، ٢ : ٤١٦ وما بعدها .

(٤) القِنُّ : العبد الذى كان أبوه مملوكا لمواليه . ويقال : قن بيِّن القَنانة والقُنونة خالص العبودة - المعجم الوسيط .

(٥) فى الأصل كذا : « المكاتبه » .

والإقدام على التحرير ، دلالة قصد الفسخ ، فيثبت الفسخ هـ مقتضى لتصحيح تصرفه ، فيصادف التحرير الرقبة القن[١] ، فيقع تكفيرا .

فإن قيل : قولكم بأنه أعتق رقبة - قلنا : لا نسلم .

قوله : أتى بصيغة الإعتاق - قلنا : لا نسلم بأنها صيغة الإعتاق فحسب ، بل هى صيغة الإخبار عن العتق أو الإبراء عن بدل الكتابة .

ولئن سلمنا أنه قصد التحرير ، ولكن لم قلتم بأنه أمكن جعله تحريرا ؟ .

قوله :[٢] الكتابة قابلة للفسخ - قلنا : مطلقا أم بطريق الضرورة ؟ ع م - وهذا لأنها تقبل الفسخ ضرورة العجز عن أداء بدل الكتابة . أما من غير ضرورة فلا ، ولا ضرورة ههنا .

ولئن سلمنا أنها قابلة للفسخ ، ولكن لحاجة المكاتب أم لحاجة المولى ؟ م ع وهذا لأن المعتبر فى الكتابة حاجة المكاتب ، وحاجة التكفير حاجة المولى . ولئن سلمنا أنها قابلة للفسخ وأنه قصد الفسخ ولكن لم قلتم بأنه أمكن فسخ الكتابة بطريق الاقتضاء ، وبطلانه ظاهر ، لأن أصل تصرفه صحيح ، فلا يعتبر الاقتضاء لوصف التصرف .

والدليل على أن الكتابة لم تنفسخ - أن العتق يثبت بجهة الكتابة ، لأنه يسلم الأولاد والأكساب للمكاتب ، ولأنه غير منتفع به فلا يجوز إعتاقه بجهة التكفير ، وصار كما إذا أدى بعض بدل الكتابة أو ولد المكاتب .

الجواب :

قوله : هذه صيغة الإخبار - قلنا : لا نسلم ، بل هى صيغة الإنشاء ، على ما عرف[٣] .

---

(١) فى الأصل كذا : « الف » راجع فيما تقدم الهامش ٤ ص ١٩٣ .

(٢) من هنا : « قوله : الكتابة قابلة للفسخ » حتى قوله الآتى : « صيغة الإنشاء على ما عرف » وردت فى الهامش مع إشارة النقص .

(٣) راجع فيما تقدم الهامش السابق .

قوله : الكتابة قابلة للفسخ[١] مطلقا أم بطريق الضرورة - قلنا : مطلقا لما ذكرنا .

قوله : المعتبر حاجة المكاتب لا حاجة المولى - قلنا : المعتبر حاجتهما ، وقد وجدت ، لأن غرض العبد إذا حصل من غير بدل لا شك أن يكون راضيا به .

أما قوله : أصل التصرف صحيح ، فلا يعتبر الإقتضاء لوصف التصرف - قلنا : لا نسلم ، بل يعتبر لهما جميعا ، لأن الضرورة الداعية توجد فيهما .

وأما سلامة الأولاد والأكساب - قلنا : انفساخ الكتابة فى المكاتب ثبت ضرورة صحة التكفير ، فلا يظهر فى حق الأولاد والأكساب .

قوله : إنه غير منتفع به - قلنا : عنه جوابان - أحدهما : أن النص مطلق لم يعتبر الانتفاع . والثانى : لا نسلم أنه غير منتفع به ، بل هو منتفع به بذاته ، فبالتوسل إلى بدله .

وأما إذا أدى بعض بدل الكتابة - [فـ] يجوز على إحدى الروايتين ، فيمنع .

٧٧ ــ **مسألة** : إذا اشترى أباه عن كفارة إفطاره يجزئه .

والوجه فيه - أنه وجد منه الإعتاق بجهة التكفير ، لأن مشترى الأب معتقه ، لقوله عليه السلام : « لن يجزى ولد والده إلا أن / يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه[٢] » - فهذا يقتضى تصور كونه معتقا ، وبالشراء يصير معتقا ، لأنه لا يتصور الإعتاق بعد الشراء . ١/٧٠

فإن قيل : قولكم بأن مشترى الأب معتقه - قلنا : من كل وجه أم من وجه دون وجه ؟ ع م - وهذا لأن الأب ليس بمملوك للابن على الإطلاق ، فلا يكون هذا إعتاقا من كل وجه ، فلا يجزئه - نظيره مسح الأذنين لا ينوب عن مسح الرأس ، وإن كان

---

(١) قوله : « الكتابة قابلة للفسخ » وردت فى الهامش وفى المتن أيضا .

(٢) بلوغ المرام ، رقم ١٢٢٢ ص ٢٢١ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٣٣٨ ص ١٥٠١ . وفيهما : « لا يجزى ... » .

مسحاً من وجه بالحديث(١) ، والتوجه إلى الحطيم فى الصلاة لا يجوز ، وإن كان توجهاً إلى الكعبة من وجه بالحديث(٢) .

ولئن سلمنا أنه إعتاق من كل وجه ، ولكنه إعتاق بعوض ، فلا يجوز عن الكفارة ، كالإعتاق على مال .

ولئن سلمنا أنه إعتاق بغير عوض ، ولكنه إعتاق مستحق بجهة الصلة ، فلا يجزئه ، كما إذا قال لعبد للغير : « إن اشتريتك فأنت حر » فاشتراه ، ناويا عن الكفارة .

الجواب :

قوله : إعتاق من كل وجه أم من وجه ؟ . قلنا : من كل وجه ، لأن النبى ﷺ سماه « معتقا » مطلقا ، بخلاف مسح الأذنين والتوجه إلى الحطيم(٣) لأ [ن] محل الفعل المأمور به ثم لم يوجد قطعا ، حتى لو كان المحل موجودا قطعا وشك فى الإصابة ، يخرج عن العهدة - كذا هذا .

قوله : هذا إعتاق بعوض - قلنا : نعم ، ولكن العوض هو الثواب والصلة ، وذلك لا يخل بالقُرْبة(٤) ، بخلاف العوض على مال فإنه يخل بالثواب والقربة .

---

(١) فى بلوغ المرام ، رقم ٣٣ ص ٧ : « وعن عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما فى صفة الوضوء قال : ثم مسح ﷺ برأسه وأدخل إصبعيه السبَّاحتَيْن (الإصبع التى تلى الإبهام) فى أذنيه ومسح بإبهاميه ظاهر أذنيه » أخرجه أبو داود والنسائى وصححه ابن خزيمة .

(٢) القبلة حيال ميزاب الكعبة أو باب الكعبة (انظر : تفسير الطبرى ، طبعة المعارف ، ٣ : ١٧٢ وما بعدها . والشوكانى ، فتح القدير ، ١ : ١٥٥) .

والحطيم جدار حِجْر الكعبة - مختار الصحاح . وفى المعجم الوسيط : الحطيم بناء قُبالة الميزاب من خارج الكعبة .

(٣) فى المتن : « والتوجه إلى الكعبة » وفى الهامش مع علامة على كلمة الكعبة : « الحطيم » - راجع الهامش السابق .

(٤) القُرْبة القرابة يقال : بينى وبينه قُربة . وما يتقرب به إلى الله تعالى من أعمال البر والطاعة والجمع قُرَب وقُرُبات وفى القرآن الكريم : ﴿ ومن الأعراب من يؤمن بالله واليوم الآخر ويتخذ ما ينفق قُرُبات عند الله وصلوات الرسول ألا إنها قُرْبة لهم ﴾ التوبة : ٩٩ .

قوله : إعتاق مستحق - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأنه لم يجب عليه شراؤه وإعتاقه بالإجماع ، والنص مطلق فيتناوله .

٧٨ ــ مسألة : إذا قال الرجل لغيره : « أعتق عبدك عنى على ألف درهم » فقال : « أعتقت » يقع العتق عن الآمر ، حتى يكون الولاء له وتسقط[١] عنه الكفارة إذا نوى به التكفير ، وتلزمه الألف . / وعنده تقع عن المأمور ، حتى يكون الولاء له ولا تسقط الكفارة عن الآمر ولا تلزمه الألف . ٢/٧٠

والوجه فيه - أن المأمور قصد إثبات الملك له بالألف ، وأمكن ذلك فيثبت دفعا للحاجة لهما .

وإنما قلنا ذلك - لأن قوله : « أعتقته عنك » يدل على القصد إلى الإعتاق عنه بوصفه ، ولا يمكن ذلك إلا بثبوت الملك له . فكان دليلا على القصد إلى إثبات الملك بهذه الواسطة ضرورة ، إذ القصد لشيء قصد لما لا يتصور حصوله بدونه ، وقد أمكن إثبات الملك للآمر فى هذا المحل فى الجملة ، فيثبت ههنا قبل العتق ، صيانة لتصرفهما عن اللغو .

فإن قيل : قولكم بأن المأمور قصد إثبات الملك له بالألف - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن قوله : « أعتقته عنك بالألف » فى جواب قوله « أعتقه عنى بالألف » يكون الإعتاق مقابلا بألف ، لا الملك . وإثبات الملك غير مقابل بالألف يكون إعراضا عن تصرفه .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أن الملك يثبت له ، ولكن ههنا دليل آخر يأبى ذلك .

بيانه - وهو أن الملك لو ثبت ههنا ، ثبت بطريق الاقتضاء ، ولا يثبت الملك بطريق الاقتضاء ، لأن الملك شرط أصلى ، والشروط الأصلية لا تثبت بطريق الاقتضاء ، كالأهلية .

---

(١) فى الأصل كذا : « وتسط » - انظر ما يلى .

والدليل على صحة ما ذكرناه أنه لو قال له « بع هذا العبد منى بألف درهم وأعتقه عنى » فقال المأمور « بعت وأعتقت » لا يقع العتق عن الآمر . ولو قال « أعتقه على ألف »[١] فقال « أعتقت » يقع عن المأموز ، وإن أمكن إدراج قوله « عنى » .

ولو قال : « كاتب عبدك عنى على ألف » فقال : « كاتبت » لا يقع عن الآمر .

الجواب :

قوله : الإعتاق مقابل بالألف لا الملك - قلنا : الألف المذكور مقابل بالملك ، لا بالعتق ، لأنه طالبٌ للملك بطريق الضرورة ، فيثبت الملك ضرورة ثبوت العتق .

١/٧١ **قوله** : الملك شرط أصلى / للإعتاق ، فلا يثبت بطريق الاقتضاء - قلنا : كون المحل ملكا شرط أصلى ، وقد وجد . أما كونه ملكا له ، [فـ] ليس بشرط أصلى ، على ما عرف .

وأما إذا قال : « بع هذا العبد منى وأعتقه عنى » إنما لا يقع العتق عن الآمر لأنه لم يوجد منه قبول الملك ، حتى لو قال : « اشتريت » يقع عنه .

وفى المتنازع فيه - يحمل طلبه وتصحيحه على هذا الوجه .

وأما الثانية - قلنا : ذاك من باب الإدراج[٢] ، وتصحيح التصرف بطريق الإدراج ليس بواجب .

وأما الثالثة - قلنا : هناك وجب صرف المال إلى الكتابة ، لأن الكتابة بلا مال لا تتصور[٣] ، فيبقى ملك الرقبة بلا عوض ، فلا يصح - أما ههنا بخلافه[٤] .

---

(١) فى الأصل كذا : « أعتقته » .

(٢) دَرَج الشيء فى الشيء أدخله فى ثناياه وأدرج الشيء دَرَجه - المعجم الوسيط .

(٣) فى الأصل: « لا يتصور » .

(٤) فوق آخرها نقطة كبيرة . وفى الهامش مقابلها كلمتان أولاهما غير مقروءة والثانية تشبه « مقابلة » - راجع فيما تقدم الهامش (١) ص ١٩٠ .

[٨]

١/٧١

كتاب الحـــدود

٧٩ ــ [مسألة] : الإسلام من شرائط الإحصان .

وصورته – ذمى ثبت زنا [ه] يجلد ولا يرجم . وعنده يرجم .

والوجه فيه – أن جناية الكافر فى الزنا لا تساوى جناية المسلم فى كونه قبيحا ، فلا يساويها فى العقوبة .

وإنما قلنا ذلك – لأن زنا الكافر وإن ساوى زنا المسلم فى سائر المقابح ، ولكن لا يساويه من حيث كفران النعمة ، فإن زنا المسلم فيه كفران النعمة : نعمة الإسلام ، فلا يساويه فى العقوبة ، لأن العقوبة بقدر الجناية عرفا وشرعا .

فإن قيل : قولكم بأن زنا المسلم كفران نعمة الإسلام – قلنا : لا نسلم بل الكفران ترك الشكر ، والزنا جناية أخرى ، مع الإتيان بالشكر .

ولئن سلمنا أن الزنا كفران ، ولكن أثره فى تعدد الجناية ، فيكون نفس الزنا جناية وله موجب ، والكفران جناية أخرى ، فانعدام إحدى الجنايتين لا يمنع عقوبة الأخرى .

ولئن سلمنا أنه لا يساويه ، ولكن لم لا يجب الرجم ؟ .

قوله : تفاوت الجناية يوجب تفاوت العقوبة – قلنا : نعم ، ولكن هذا التفاوت لا يعتبر فى إيجاب الرجم .

بيانه – هو [أن] الموجب للرجم كون الزنا قبيحا من حيث إنّه / إفساد للفراش وإضاعة للنسل ، والكفران لا يؤثر فى هذا الباب – دل عيه أن زنا البكر الكافر يساوى زنا البكر المسلم فى إيجاب الجلد .

٢/٧١

ولئن سلمنا أنه لم يوجد منه قبح الكفران ، ولكن وجد قبح الكفر(١) ، فتعارضا .

ثم هذا معارض بما روى عبد الله بن عمر أنه قال : إن اليهود جاءوا إلى رسول الله ﷺ فذكروا له أن امرأة منهم ورجلا زنيا ، فقال لهم رسول الله ﷺ : ما تجدون فى التوراة فى شأن الرجم ؟ فقالوا : « نفضحهم ويجلدون »(٢) فقال عبد الله بن سلام : كذبتم إن فيها آية الرجم ، فأتوا بالتوراة فنشروها فوضع أحدهم يده على آية الرجم ، فقرأ ما قبلها وما بعدها - فقال له عبد الله بن سلام : ارفع يدك ، فرفع يده ، فإذا فيها آية الرجم - فقال : صدق يامحمد - فأمر بهما النبى ﷺ فرجما - قال : فرأيت الرجل يحنى(٣) على المرأة يقيها الحجارة » متفق على صحته . وروى عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله ﷺ : خذوا عنى ، خذوا عنى ، خذوا عنى : قد جعل الله لهن سبيلا : البكر بالبكر : جلد مائة ونفى سنة . والثيب بالثيب جلد مائة والرجم مطلقا(٤) - رواه مسلم وأبو داود .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن الزنا كفران النعمة - قلنا : لأن المعنى من الكفران الجناية(٥) فى حق المنعم . وهكذا هو فى العرف .

قوله : الزنا جناية والكفران جناية أخرى - قلنا : نعم ، ولكن هذا الزنا موصوف بغلظ الجناية - على ما بينا .

---

(١) ظاهر أن العبارة كانت : « الكفر منه » ثم شطبت « منه » .

(٢) فى الأصل « وتجلدون » .

(٣) حنا عليه حُنُوًّا : عطف وأحنى عليه حَنا وتَحنَّى انحنى وتحنى على فلان تعطف وتحنن - المعجم الوسيط .

(٤) بلوغ المرام ، رقم ١٠٣٢ ص ١٨٨ وليس فيه : « خذوا عنى » الثالثة ولا « مطلقا » . وسبل السلام : ٤ : رقم ١١٢٩ ص ١٢٦٩ - ١٢٧٢ .

(٥) فى الأصل كذا : « الحمانة » فقد تقرأ « الخيانة » أو « الجناية » والذى يرجح الأولى نقطة فوق النون ويرجح الثانية السياق .

وأما زنا البكر – قلنا : الشرع هناك حط عن المسلم بعض العقوبة تفضلا ، وذلك يجوز . أما زيادة العقوبة من غير استحقاقها ، [فـ] لا يجوز عقلا وشرعا .

وأما قبح الكفر – قلنا : ليس كل قبح يؤثر فى إيجاب الرجم ، بخلاف ما ذكرناه .

وأما الحديث الأول / – [فـ] معارض بقوله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما (١) .... ﴾ الآية . /٧٢

وأما الحديث الثانى – [فـ] منسوخ بما روى الزهرى عن أبى سلمة عن جابر بن عبد الله أن رجلا من أسلم جاء إلى النبى ﷺ فاعترف بالزنى فأعرض عنه النبى ﷺ حتى شهد على نفسه أربع مرات فقال النبى ﷺ : أبك جنون ؟ قال : لا . قال : أحصنت ؟ قال : نعم – فأمر به النبى ﷺ فرجم بالمصلى فلما أذلقته (٢) الحجارة فر فأدرك فرجم حتى مات (٣) »

٨٠ **مسألة** : اللواطة لا توجب الحد .

والوجه فيه – أن اللواطة لا تساوى الزنا فى كونه جناية وقبيحا ، فلا تساويه فى العقوبة .

وإنما قلنا ذلك – لأن الزنا إضاعة للولد وإفساد للفراش ، فيشتبه النسب ، فيؤدى إلى التنازع والتقاتل بين القبائل ، بناء على دعوى النسب ، ولا كذلك اللواطة ، فلا تساويه فى العقوبة ، لأن العقوبة بقدر الجناية – على ما مر .

فإن قيل : قولكم بأن اللواطة لا تساوى الزنا – قلنا : لا نسلم ، بل هى زنا ،

---

(١) النور : ٢ – ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله .... ﴾ .

(٢ – ٣) انظر : بلوغ المرام ، رقم ١٠٣٣ ص ١٨٨ – ١٨٩ ، وسبل السلام ، ٤ : رقم ١١٣٠ ص ١٢٧٢ – ١٢٧٤ . وأذلقته الحجارة بلغت منه الجهد حتى تضور ،أقلقته – المعجم الوسيط – وانظر فيما بعد المسألة ٨٦ ص ٢١٤ وما بعدها .

لاشتراكه مع الزنا فى الآثار ، إلا أنه اختص باسم النوع ، واختصاصه باسم النوع لا يمنع دخوله تحت مطلق الاسم للجنس ، كالطَّر[١] مع السرقة .

ولئن سلمنا بأن اللواطة ليست بزنا ، ولكن لم قلتم بأنه لا تساوى الزنا فى كونه قبيحا ؟ .

وأما ما ذكر عن الإفساد فى الفراش وإضاعة النسل - قلنا : لا نسلم بأن الزنا إنما كان قبيحا باعتبار هذا المعنى .

بيانه - أن هذا أمر موهوم قد يفضى إليه وقد لا يفضى ، فلا يجوز إيجاب الحد بناء على أمر موهوم .

ولئن سلمنا أنه لم يوجد هذا القبح فى اللواطة ، [فـ] لم قلتم بأنه لم يوجد نوع آخر من القبح ؟ بيانه ، وهو أنه فى اللواطة إضاعة الماء الذى هو مادة التوالد ، ولأن حرمته أغلظ من حرمة الزنا ، فإنها غير قابلة للحل .

الجواب :

٢/٧٢ قوله : لم قلتم بأن اللواطة / ليست بزنا - قلنا : لأن الصحابة اختلفوا فى موجبها : قال بعضهم : يحرق بالنار . وقال بعضهم : يهدم عليه الجدار . وقال بعضهم : يقتل . وقال بعضهم : يلقى من أعلى الأماكن . وقال بعضهم : يحبس فى موضع النتن[٢] إلى أن يموت - كل ذلك يفعل بالفاعل والمفعول به إن كان بالغا ، وما اختلفوا فى موجب الزنا ، فعلم أنه ليس بزنا .

قوله : بأن إفساد الفراش وإضاعة الولد أمر موهوم - قلنا : لا نسلم ، بل هو غالب .

---

(١) طَرّ الثوب وغيره شقه وطَرّ المال خلسه أو سلبه . والطَّرّار النشال يشق ثوب الرجل ويَسُل ما فيه - المعجم الوسيط .

(٢) نَتَن نَتْنا خبثت رائحته فهو نَتِن - المعجم الوسيط .

ولئن سلمنا أنه موهوم ، ولكنه تعرض لمثل هذا الموهوم ، فيكون أقبح من اللواطة من هذا الوجه .

قوله : اللواطة إضاعة الماء - قلنا : ذاك موجود فى الزنا ، لما ذكرنا ، مع قبح آخر لم يوجد فى اللواطة .

قوله : حرمة اللواطة أغلظ - قلنا : بلى ، ولكن ليس كل قبيح يوجب الحد بالرأى والقياس .

٨١ ـــ **مسألة** : الجلد مع النفى لا يجتمعان فى زنا الأبكار .

والوجه فيه - قوله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾[١] - ذكر الجلد بحرف الفاء ، وحرف الفاء للجزاء ، والجزاء لغة ما يقع به الاكتفاء ، فكان كل الموجب الجلد ، فلا يجب النفى ، عملا بمقتضى النص .

فإن قيل : قولكم بأن حرف الفاء للجزاء - قلنا : لا نسلم ، بل حرف الفاء للتعقيب مع الوصل .

ولئن سلمنا أنه للجزاء ، ولكن لم يقتضى كونه كل الموجب ؟ . بيانه - أن التنصيص على حرف الجزاء لا يكون فوق التنصيص على لفظ الجزاء وإنه لا يقتضى الكلية[٢] كما فى قوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم ﴾[٣] فإنه لا ينفى جزاء آخر وهو القصاص أو الدية .

ولئن سلمنا أن كونه جزاء ينفى وجود شىء آخر ، ولكن بطريق الجزاء ، لا بطريق آخر . وعندنا يجب التغريب لا بطريق الجزاء .

---

(١) النور : ٢ . وراجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٢٠١ .

(٢) « كُلّ » كلمة تفيد الاستغراق لأفراد ما تضاف إليه أو أجزائه - المعجم الوسيط .

(٣) النساء : ٩٣ - ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما ﴾ .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام : « الوليدة والغنم ردٌّ وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام . اغد ياأنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها »[١] / وبقوله عليه السلام : « البكر بالبكر جلد مائة ونفى سنة » وفى رواية « وتغريب عام »[٢] .

١/٧٣

الجواب :

قوله بأن حرف الفاء ليس للجزاء بل هو للتعقيب مع الوصل – قلنا : نحن لا نقول بأن حرف الفاء بمجرده موضوع للجزاء فى أى موضع وجد – ولكنا نقول : إذا ذكر فى موضع يصلح جزاء يفيد كونه جزاء – دل عليه أنه لو قال لامرأته « إن دخلت الدار أنت طالق » لا يكون جزاء فلا يكون يمينا . ولو قال : « فأنت طالق » يكون جزاء حتى يكون يمينا .

قوله : التنصيص على لفظ الجزاء لا ينفى وجوب شىء آخر – قلنا : لا نسلم .

وأما الآية – قلنا : علم وجوب القصاص ثم بنص آخر .

---

(١) بلوغ المرام ، رقم ١١٢٨ ، ص ١٢٦٧ – ١٢٦٨ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١١٢٨ ، ص ١٢٦٧ – ١٢٦٩ : « عن أبى هريرة وزيد بن خالد الجُهنى رضى الله تعالى عنهما أن رجلا من الأعراب أتى رسول الله ﷺ فقال : يارسول الله ، أَنْشُدُكَ الله إلا قضيت لى بكتاب الله تعالى . فقال الآخر – وهو أفقه منه – نعم ، فاقض بيننا بكتاب الله ، وأذن لى ، فقال : « قل » قال : إن ابنى كان عَسِيفا على هذا ، فزنى بامرأته ، وإنى أُخبرت أن على ابنى الرجم ، فافتديت منه بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم ، فأخبرونى أن على ابنى جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله ﷺ : « والذى نفسى بيده ، لأقضين بينكما بكتاب الله : الوليدة والغنم رَدٌّ عليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أُنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها » متفق عليه . وهذا اللفظ لمسلم – انظر فيما بعد ص ٢١٦ .

(٢) بلوغ المرام ، رقم ١٠٣٢ ، ص ١٨٨ ، وسبل السلام ، ٤ : رقم ١١٢٩ ص ١٢٦٩ –١٢٧٢ . عن عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله ﷺ : « خذوا عنى ، خذوا عنى ، فقد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة ونفى سنة ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » رواه مسلم . وفى سبل السلام ، ٤ : ص ١٢٧٠ : « وقال ابن المنذر : أقسم النبى ﷺ فى قصة العسيف أنه يقضى بكتاب الله ثم قال : « إن عليه جلد مائة وتغريب عام » – راجع الحديث المتقدم فى الهامش السابق .

وأما قوله : عندنا يجب التغريب لا بطريق الجزاء – قلنا : إذا بينا أن الجلد جزاء ، أوجب ذلك انتفاء وجوب غيره بأى طريق كان ، لأن الجزاء هو الكافى .

وأما الحديث – قلنا : الحديث لم يكن معارضا لكتاب الله تعالى ، وإنما يكون ناسخا إذا كان متأخرا ، وإنه غير ثابت ، فإن المنقول عن أئمة التفسير أن أول آية نزلت فى هذا الباب قوله تعالى : ﴿ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن – الآية ﴾[١] ثم نسخت بهذا الحديث ، ثم نسخ الحديث بآية الجلد[٢] أو بحديث الأسلمى[٣] .

٨٢ ــ **مسألة** : إذا تزوج بمحارمه ودخل بها ، وقال : علمت أنها على حرام – لا يجب عليه الحد .

والوجه فيه – أن هذا وطء تمكنت فيه شبهة الحل ، فلا يجب الحد .

وإنما قلنا ذلك – لأنه وطء حصل عقيب عقد النكاح المضاف إلى محل قابل للمقاصد المطلوبة من النكاح : من قضاء الشهوة والتوالد وغيرها ، لأن المعنى من عقد النكاح قوله : « زوجت » و « تزوجت » – فهى تقتضى الحل – إلا أنا عرفنا الحرمة بدليل آخر ، فتبقى الشبهة ، فلا يجب الحد ، لقوله عليه السلام : « ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم »[٤] .

---

(١) النساء : ١٥ ﴿ واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا ﴾ .

(٢) النور : ٢ – راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٢٠١ .

(٣) المقصود ماعز بن مالك – بلوغ المرام رقم ١٠٣٩ ص ١٩٠ : وسبل السلام ، رقم ١١٣٦ ص ١٢٨٢ : « عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال : رجم رسول الله ﷺ رجلا من أسلم ورجلا من اليهود وامرأة » رواه مسلم . والرجل من أسلم يريد ماعز بن مالك – راجع أيضا : بلوغ المرام ، رقم ١٠٣٤ ص ١٨٩ ، وسبل السلام ، ٤ : رقم ١١٣١ ص ١٢٧٤ – ١٢٧٥ وفيما يلى ص ٢١٤ – ٢١٥ . وراجع ، الناسخ والمنسوخ لأبى جعفر النحاس ، ص ١١٧ – ١٢١ .

(٤) بلوغ المرام ، رقم ١٠٤٤ ص ١٩١ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١١٤١ ص ١٢٨٧–١٢٨٨ .

٢/٧٣ **فإن قيل : قوله الوطء حصل عقيب النكاح المضاف إلى محل / قابل – قلنا : المحل** قابل لمقاصد النكاح حقيقة فحسب أم قابل لها وللحل والملك ؟ بيانه – أن العقد إنما ينعقد لإفادة الحكم الأصلى ، والحكم الأصلى ههنا هو الحل والملك ، وإنه غير قابل لهما لقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ﴾[١] والمراد منه التحريم فى حق النكاح ، وإذا انتفى محلية النكاح شرعا ، لا يكون قابلا .

ولئن سلمنا المحلية ، ينعقد إذا كان له إفضاء إلى هذه المقاصد ، أم إذا لم يكن ؟ م ع – وهذا العقد لا يفضى إلى هذه المقاصد ، لأنهما لا يقران عليه ، بل يمنعان بأبلغ الوجوه .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على وجود الشبهة ، ولكن ههنا دليل آخر يأبى ذلك – بيانه : من حيث النص والحكم والمعقول .

أما النص – [فـ] قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾[٢] والتحريم المطلق لا يحمل الشبهة .

وأما الحكم – [فـ] أجمعنا على أن هذا الوطء لا يوجب العدة ، ولا يثبت به النسب .

وأما المعقول – وهو أن وطء الأم إذلال لها ، وذاك حرام من غير شبهة وشك .

ولئن سلمنا وجود الشبهة ، ولكن لم لا يجب الحد ؟ .

أما الحديث – قلنا : ذكر أبو عيسى الترمذى أن هذا الحديث يرويه يزيد بن زياد الدمشقى ، **وهو ضعيف ، فلا يصح الاحتجاج به**[٣] .

(١ – ٢) النساء : ٢٣ .

(٣) ورد فى بلوغ المرام ، رقم ١٠٤٤ ص ١٩١ . وفى سبل السلام ، رقم ١١٤١ ص ١٢٨٧ – ١٢٨٨ : أنه ضعيف – يزيد بن زياد ويقال ابن أبى زياد القرشى الدمشقى ويقال إنهما اثنان . روى عن الزهرى وسليمان بن حبيب وسليمان بن داود الخولانى . وعنه مروان بن معاوية ومحمد بن ربيعة الكلابى وأبو نعيم ويحيى الوحاظى – قال محمد بن عبد الله بن نمير ليس بشىء . وقال أبو حاتم منكر الحديث . وقال مرة ذاهب الحديث . وقال مرة ضعيف الحديث ، كأن حديثه موضوع . =

الجواب :

قوله : كون الصيغة نكاحا يقف على كون المحل قابلا لمقاصد النكاح حقيقة وقابلا للملك والحل - قلنا : نحن لا ندعى انعقاد النكاح حقيقة أصلا بل ندعى الشبهة على التفسير الذى ذكرنا . وكون المحل قابلا حقيقة يكفى لإثبات الشبهة .

وبه خرج الجواب عن السؤال الذى يليه ، لأنا لا ندعى انعقاد العقد والحل ، حتى يشترط الإفضاء إلى المقاصد .

وأما ما ذكر من النصوص والمعقول - فإنها تقتضى الحرمة مطلقا ، ونحن نقول به ، ولكن لا ينفى ذلك الشبهة .

وكذلك ما ذكر من الأحكام - لا ينفى الشبهة ، على التفسير الذى ذكرنا .

والله أعلم .

٨٣ ــ **مسألة** : إذا استأجر امرأة ليزنى بها فزنى بها ، / وقال : علمت أنها[١] حرام ، لا يجب الحد . ١/٧٤

والوجه فيه - أنه وطء تمكنت فيه شبهة الحل ، فلا يجب الحد .

وإنما قلنا ذلك - لأنه وطء حصل عقيب عقد مقتض للملك وللحل ، مضافا إلى محل قابل ، لأن عقد الإجارة موضوع لإثبات ملك المنفعة ، ومنافع البضع حقيقة قابلة للملك ، فهذا يقتضى ثبوت الملك ، إلا أنا عرفنا انتفاءه[٢] بدليل آخر ، فتبقى الشبهة ، فلا يجب الحد .

= وقال البخارى منكر الحديث . وقال الترمذى ضعيف الحديث . وقال النسائى متروك الحديث . وقال ابن عساكر : فرق الخطيب بين الذى روى عن الزهرى وعنه وكيع وغيره وبين الذى روى عن سليمان بن حبيب وعنه يحيى بن صالح . وعندى أنهما واحد - قلت : وقال ابن شاهين فى الثقات قال وكيع كان رفيعا من أهل الشام فى الفقه والصلاح (ابن حجر ، تهذيب التهذيب) .

(١) فى الأصل كذا : « أنهما » ولعل « الميم » نقطة زائدة تحت الألف .

(٢) فى الأصل : « انتفاوه » .

فإن قيل :[١] قولكم بأن عقد الإجارة موضوع لإثبات ملك المنفعة – قلنا : الإجارة وضعت لتمليك مطلق المنفعة ، أم لتمليك منفعة يعتاد استيفاؤها ؟ ع م – ألا ترى أنه لو استأجر الأشجار لتجفيف الثياب لا يجوز ، لعدم جريان العادة – كذا هذا .

ولئن سلمنا أن الإجارة وضعت لتمليك المنفعة ولكن لم قلتم بأن المستوفى بالوطء منفعة ، بل هو عين ، ولهذا لا يجرى فيه البذل والإباحة ، ويشرط التأبيد لتمليكه ، بخلاف سائر المنافع .

ولئن سلمنا أن الإجارة وضعت لتمليك المنافع ، ولكن إنما تنعقد سببا للملك ، إذا قصد المتصرف إيقاعه للملك سببا للملك[٢] ولم يقصد ، لأنه قال : « استأجرتك لأزنى بك » وإنه ينافى الملك .

ولئن سلمنا أن الشبهة تمكنت فيه ، لم لا يجب الحد ؟ وبطلانه ظاهر ، لأنه يؤدى إلى فتح باب الزنا وسد باب الحدود ، وصار هذا كما إذا قال : « استأجرتك » ولم يقل « لأزنى بك » يجب الحد . وكذا إذا زنا بها ثم دفع إليها درهما وقال : « هذه أجرتك » . ولو كان مانعا من الابتداء ، لمنع فى الانتهاء ، كملك[٣] السارق للمسروق بعد السرقة . ولذلك إذا قال لآخر « زنيتَ بدرهم » يجب حد القذف ، فلولا أنه زنا ، وإلا لما وجب الحد .

الجواب :

قوله : الإجارة وضعت لتمليك منفعة يعتاد استيفاؤها – قلنا : لا نسلم ، بل لتمليك منفعة يحتاج إلى استيفائها لمكان المناسبة ، بخلاف ما ذكر من[٤] الصورة ، فإنه لا حاجة .

---

(١) مقابلها فى الهامش كلمة « قوبل » – راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ١٩٠ .

(٢) كذا العبارة .

(٣) فى الأصل : « لملك » .

(٤) فى الأصل كذا : « مه » ويبدو لنا من طريقة الناسخ أنها « من » .

ثم قوله : لم قلتم بأن المستوفى بالوطء منفعة[1] - قلنا / لأنها منفعة حقيقة . ٢/٧٤

قوله : الشرع ألحقها بالأعيان ، لما ذكر من الأحكام - قلنا : أجرى عليها بعض أحكام الأعيان ، فلا يمنع كونه منفعة .

قوله : إنما ينعقد مفضيا للحكم إذا قصد المتصرف إيقاعه سببا ، وإنه سماه زنا - قلنا : نعم ، ولكن غرضه ليس عين الزنا ، بل غرضه قضاء الشهوة ، إلا أنه سمي زنا عرفا .

قوله : بأن هذا يؤدى إلى فتح باب الزنا وسد باب الحد - قلنا : هذا باطل بلفظ الإمهار[2] والتمتع ، فإن كل أحد لا يعجز عن قوله : « أمهرتك بعشرة » وإنه لا يوجب الحد . وأما إذا قال : « استأجرتك » ولم يقل « لأزنى بك » فهذه الإجارة تنصرف إلى منافع سائر الأعضاء ، لا إلى البضع .

وأما إذا زنى بها ثم دفع إليها درهما - اختلفت المشايخ فيه . ولئن سلمه - فلأن الوطء عرى عن الشبهة حال وجوده - بخلاف السرقة ، لأن المسروق قائم ، والوطء تلاشى وانعدم .

---

(١) فى الأصل كأنها « متعة » .

(٢) أمهر المرأة سمى لها مهرا أو أعطاها المهر . والمهر صداق المرأة والجمع مُهُور ومُهُورة . والمُهْر أول ما ينتج من الخيل والحمر الأهلية وغيرها . والجمع أمهار ومِهار ومِهارة . فالمَهر جمعه مُهور ومُهورة والمُهر جمعه أمهار ومِهار ومِهارة - المعجم الوسيط .

قال السمرقندى فى التحفة ، ٢ : ١٧٦ - ١٧٧ : « وعند أصحابنا : لا ينعقد إلا بلفظ موضوع للتمليك . ثم اختلف المشايخ : قال عامتهم لا ينعقد إلا بلفظ موضوع لتمليك الأعيان كالبيع والهبة . ولا ينعقد بلفظ موضوع لتمليك المنافع كالإجارة والإعارة . وقال الكرخى ينعقد بلفظ وضع للتمليك مطلقا ، سواء كان لتمليك الأعيان أو تمليك المنافع حتى ينعقد بلفظ الإجارة والإعارة عنده ... وأما بلفظة الإحلال والتحليل والإباحة : لا ينعقد ، لأنها لا تقتضى التمليك . وكذا بلفظة المتعة بأن قال الزوج : « أتمتع بك بكذا » فرضيت أو قالت « نعم » - لا ينعقد ، لأنها لم توضع للتمليك ، ولأن المتعة صارت منسوخة وهى عبارة عن النكاح المؤقت » .

وأما مسألة القذف - قلنا : إنما يجب الحد لأنه عنى بكلامه : زنيتَ وأعطيتَ درهما . أما إذا عنى به : إنك استأجرت بدرهم - لا يجب الحد .

٨٤ ــ **مسألة** : العاقلة البالغة إذا مكنت نفسها من صبى أو مجنون يفعل بها ، لا يجب الحد عليها .

والوجه فيه - أن التمكين من زنا الصبى والمجنون لا يساوى التمكين من زنا البالغ والعاقل ، فلا يساويه فى العقوبة .

وإنما قلنا ذلك - لأن تمكين البالغ سبب للحرام ، لأن فعل البالغ حرام وقبيح ، وتمكين الصبى ليس بسبب للحرام ، لأن فعل الصبى والمجنون لا يوصف بالحرمة والتسبيب إلى القبيح قبيح .

فإن قيل : قولكم بأن التمكين من الصبى لا يساوى التمكين من البالغ - قلنا : هذا الكلام إنما يستقيم لو وجب[1] الحد بالتمكين ، والحد لا يجب بالتمكين ، بدليل أنها لو مكنت ولم يوجد منه الزنا لا يجب الحد ، وإنما يجب بالزنا ، وقد وجد منها الزنا ، لأن الزنا منها استدخال الفرج فى الفرج من غير الملك وشبهته ، وقد وجد منها ، فيجب عليها الحد . فلو امتنع الوجوب إنما يمتنع لامتناع / الوجوب على الرجل وذلك لا يمنع ، ١/٧٥ إذ ليس يلازم وجوب الحد على أحدهما وجوب الحد على الآخر ، بدليل أن العاقل البالغ إذا زنى بصبية أو مجنونة يجب الحد عليه وإن كان لا يجب عليها ، والمكرَه إذا زنى بمطاوعة يجب الحد عليها وإن كان لا يجب عليه ، والمستأمن إذا زنى بمسلمة يجب الحد عليها ولا يجب عليه ، وغير المحصن إذا زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها وإن كان لا يجب عليه .

ولئن سلمنا أن الموجب هو التمكين - ولكن لم قلتم إن هذا التمكين ليس مثل ذاك التمكين ؟ .

---

(١) فى الأصل « يستقيم أن لوجب » والمعنى واضح .

قوله : بأن فعل الصبى والمجنون ليس بحرام – قلنا : لا نسلم ، بل هو زنا وحرام ، إلا أنه لا يجب عليهما الحد .

ولئن سلمنا أنه دونه ، ولكن لما كان زناها هذا قضاء الشهوة بطريق الحرام وإفسادا للفراش ، وجب عليها الحد ، كما فى محل الإجماع .

الجواب :

قوله بأن الحد يجب عليها بالزنا ، لا بالتمكين – قلنا : الزنا لا يتصور منها حقيقة ، لأنه فعل ، ولا يوجد منها فعل سوى التمكين ، والتمكين عدم الفعل ، إلا أن الله تعالى سماها زانية مجازا .

أما العاقل البالغ إذا زنى بصبية أو مجنونة ، فقد وجد منه الفعل ، فيجب الحد بالنص .

وأما الكره مع المطاوعة – فالمسألة ممنوعة .

وأما المستأمن إذا زنى بمسلمة ، يجب الحد عليها ، لأنه تمكين من فعل حرام – أما ههنا بخلافه .

وأما إذا مكنت من النائم فالمسألة ممنوعة .

وأما غير المحصن إذا زنى بالمحصنة – قلنا : وجه التمكين من فعل الزنا الذى هو حرام ، وإنه موجب للرجم إذا وجد شرائط الإحصان – أما ههنا بخلافه .

أما قوله بأن فعل الصبى زنا – قلنا : ليس كذلك ، لأن الزنا حرام وفعل الصبى والمجنون لا يوصف بالحرمة ، لعدم التكليف .

قوله : وجد منها إفساد الفراش – قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لما ذكرنا / أنه لم يوجد منها فعل . ٢/٧٥

والله أعلم .

٨٥ ـ **مسألة** : المولى لا يملك إقامة الحدود على مملوكه .

والوجه فيه – أن الحد حق لله ، فلا يملك المولى استيفاءه ، قياسا على سائر الأجانب .

وإنما قلنا : إن الحد حق لله – لأنه لا يسقط بإسقاط العبد ، ولو كان الحق للعبد لسقط بإسقاطه ، كسائر الحقوق التى هى له . ولأنه يتنصف بالرق ، وحق العباد لا يتنصف بالرق . وإذا كان حق الله ، كان المولى أجنبيا ، فلا يملك إقامته ، وإنما يملكه نائب الله ، وهو القاضى ، قياسا على ما ذكرنا .

فإن قيل : قولكم بأن الحد حق الله – قلنا : لا نسلم .

قوله : لأنه لا يسقط بإسقاط العبد [قلنا :] لا لأنه ليس بحق للعبد ، بل لأنه وإن كان حقا للعبد ، فهو حق الله ، وهتك حرمة الشرع أيضا ، كحد السرقة : فإنه لا يسقط بإسقاط العبد ، وإن كان حق العبد ، لما فيه من حق الشرع – كذا هذا .

قوله : يتنصف بالرق – قلنا : التنصيف ليس يلازم حق الشرع لا محالة – ألا ترى أن حد السرقة لا يتنصف بالرق ، وإن كان حقا للشرع ، والقَسْم(١) والطلاق يتنصف بالرق وإن كان حقا للعبد .

ولئن سلمنا أن الحد حق الله على الخلوص ، ولكن لم قلتم بأن المولى لا يملك إقامته ؟ .

قوله بأن المولى أجنبى – قلنا : كونه أجنبيا يمنع الإقامة بطريق الأصالة أم بطريق النيابة ؟ م ع – وعندنا يملك إقامته نيابة عن الشرع كالإمام .

---

(١) القَسْم العطاء – يقال : عنده قَسْم يقسيمه (ولا يجمع) – المعجم الوسيط .

ثم هذا معارض بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب - [فـ] قوله تعالى : ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا - الآية ﴾[١] وهذا خطاب لكل الأمة ، إلا أن الأجانب خصوا ، فتناول الإمام والمولى .

وأما السنة - [فـ] ما روى أبو هريرة وزيد بن خالد قالا : سئل النبى ﷺ عن الأمَة إذا زنت ولم تحصن . قال : إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير »[٢] متفق عليه .

/ وأما المعقول - وهو أنه من قبيل الحسبة والنهى عن المنكر ، فيجب على الناس كافة ، خصوصا على المولى لأنه ماله . ١/٧٦

الجواب :

قوله : إنما لا يسقط بإسقاطه ، لأن فيه حق الشرع أيضا - قلنا : لما لم يسقط بإسقاطه علم أنه حق لله ، لأنه لو لم يكن لسقط[٣] ، لأن حق العبد ومصلحته مقدم على حق الشرع - على ما عرف . ومع هذا لم يسقط - عُلم أنه لم يكن حقا له .

قوله هـ : التنصيف ليس من لوازم حق الشرع - قلنا : لا بل هو من لوازمه ، لأن تنصيف العقوبة بناء على حقه [عند] الجناية ، وإنما يعقل ذلك بسبب الرق ، لأن الرق هو المؤثر فى نقصان النعمة ، فالإقدام على الجناية يكون أخف . وهذا إنما يتحقق

---

(١) النور : ٢ - ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ... ﴾ وراجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٢٠١ و ٢ ص ٢٠٥ .

(٢) بلوغ المرام ، رقم ١٠٣٦ ، ص ١٨٩ . وسبل السلام ، ٤ ، ص ١٢٧٦ - ١٢٧٩ ، رقم ١١٣٣ : « عن أبى هريرة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها فيجلدها الحد ، ولا يُثرِّب عليها ، ثم إن زنت فليجلدها ولا يثرب عليها ، ثم إن زنت الثالثة فتبين زناها فليبعها ولو بحبل من شعير » متفق عليه . وهذا لفظ مسلم والتثريب التوبيخ واللوم على الذنب . والضفير المضفور من شعر أو غيره والضفيرة كل خصلة تضفر على حدة - المعجم الوسيط .

(٣) فى الأصل كذا : « لقط » .

فى حق الشرع ، وحق العبد لا يختلف باختلاف الجانى . وأما القطع فى باب السرقة إنما لا يتنصف لأنه لا يمكن ، لأنه لا يعرف نصفه . وأما القسم والطلاق إنما يتنصفان لأنهما بنيا على حل المحلية وذلك نعمة فى حق الحل من الشرع .

قوله : كونه أجنبيا ينفى الإقامة نيابة أم أصالة ؟ . قلنا : هذه معارضة .

قوله : هو نائب عن الشرع – قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأنه لو كان نائبا عن الشرع لوجب عليه الإقامة ، كالإمام ، ولم يجب بالإجماع – دل أنه غير نائب .

وأما الآية – قلنا : لا تتناول صورة النزاع ، لأنه حق كامل . على أن الخطاب للأئمة ، نقلا عن أئمة التفسير .

وأما الحديث – [فـ] يحتمل أنه أراد به التعزير ، وللمولى ذلك لقوله عليه السلام : « لا ترفع عصاك عن أهلك » .

قوله : إنه من باب النهى عن المنكر – قلنا : النهى عن المنكر ليس يلزم بطريق إقامة الحد ، بل بالزجر والمنع .

والله أعلم .

٨٦ ــ **مسألة** : الزنا الموجب للحد لا يظهر إلا بالإقرار أربع مرات فى أربعة مجالس . وعنده بالإقرار مرة واحدة .

والوجه فيه – ما روى أبو هريرة قال : « أتى رجل من المسلمين رسول الله ﷺ وهو فى المسجد فناداه / فقال : يارسول الله : إنى زنيت فأعرض عنه ، فتنحى تلقاء وجهه ، فقال له : يارسول الله – إنى زنيت ، فأعرض عنه ، حتى ثَنَى[1] ذلك عليه أربع مرات – فلما شهد على نفسه أربع شهادات – دعاه رسول الله ﷺ فقال : أبك جنون ؟ قال لا – قال : فهل أحصنت ؟ قال : نعم – فقال رسول الله ﷺ : اذهبوا به فارجموه – قال ابن شهاب فأخبرنا من سمع جابر بن عبد الله يقول : كنت ممن رجمه

٢/٧٦

---

(١) ثَنَى الشىء عطفه وبابه رمى وثناه صار له ثانيا وثناه تثنية جعله اثنين – مختار الصحاح .

فرجمناه بالمصلى فلما أذلقته[١] الحجارة هرب ، فأدركناه بالحَرة[٢] ، فرجمناه » الرجل هو ماعز بن مالك وروى قصته جابر بن سمرة وعبد الله بن عباس وأبو سعيد الخدرى ويزيد بن الخصيب الأسلمى[٣] - متفق على صحته[٤] .

والاستدلال بالحديث أن النبى ﷺ أخر[٥] به إقامة الحد إلى تمام الأقارير الأربعة . ولو ظهر الزنا الموجب للحد بالإقرار مرة واحدة ، لوجب على النبى ﷺ إقامة الحد ، لأن الأمر بإقامة الحد عند ظهور الزنا واجب ، ولو وجب لما أخر ، لأن تأخير الواجب لا يظن بالنبى ﷺ ، وحيث أخر علم أن الزنا لا يظهر إلا بالأقارير الأربعة .

فإن قيل : قولكم بأن النبى ﷺ أخر الاقامة - قلنا : هذا إنما يستقيم أن لو كان شرعية الرجم ثابتة فى تلك الحالة ، وشرعية الرجم عرفت بهذا الحديث ، فإن أول من رجُم فى الإسلام ماعز ، فلم تكن شرعيته ثابتة فى تلك الحالة ، فلا يكون تأخيرا .

ولئن سلمنا أنه كان ثابتا فى تلك الحالة ، ولكن يحتمل أن تأخير النبى ﷺ إنما كان لتعرف : هل هو عاقل ؟ ولهذا قال : أبك جنون ؟ أو يحتمل أنه عليه السلام ما وجد فى تلك الساعة من يقيم عليه الحد ولم يكن يقيم بنفسه .

ولئن سلمنا أنه كان مأمورا بالإقامة ، ولكن مقتضى الأمر الوجوب على الفور أم على

---

(١) أذلقته الحجارة بلغت منه الجهد حتى تضرر - أقلقته - المعجم الوسيط . وراجع فيما تقدم الهامش ٢ - ٣ ص ٢٠١ و٣ ص ٢٠٥ .

(٢) الحرَّة موضع بظاهر المدينة تحت واقم وبها كانت وقعة الحرة إيام يزيد بن معاوية - المعجم الوسيط .

(٣) راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٢٠٦ - ٢٠٧ .

(٤) راجع فيما تقدم الحديث ص ٢٠١ والهامش ٢ - ٣ ص ٢٠١ والهامش ٣ ص ٢٠٥ . بلوغ المرام ، رقم ١٠٣٣ و ١٠٣٤ ص ١٨٨ - ١٨٩ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١١٣٠ ص ١٢٧٢ - ١٢٧٥ .

(٥) كذا الظاهر فى الأصل . وفى المعجم الوسيط : أخَّر الشيءَ جعله بعد موضعه وأخَّر الميعاد أجله . وسيأتى بعد قليل : « أخر الإقامة » - ولعل الأظهر : أخر إقامة الحد به .

١/٧٧ التراخى ؟ ع م - وهذا لأن / مطلق الأمر يجوز تأخيره عن أول أوقات الإمكان ، ولأنه غير متقرر ، بدليل أنه يرتفع بالرجوع ، فيحتمل أنه عليه السلام كان يتوقع الرجوع .

ثم هذا معارض بما روى أبو هريرة وزيد بن خالد أنهما قالا : إن رجلا من الأعراب أتى رسول الله ﷺ فقال : يارسول الله ! أنشدك الله إلا قضيت لى بكتاب الله - فقال الآخر وهو أفقه منه : نعم ، فاقض بيننا بكتاب الله ، وائذن لى - فقال رسول الله ﷺ قل : قال : إن ابنى كان عسيفا على هذا ، فزنى بامرأته ، وإنى أخبرت أن على ابنى الرجم ، فافتديت منه بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم ، فأخبرونى أن ما على ابنى جلد مائة وتغريب عام وأن على امرأة هذا الرجم - فقال رسول الله ﷺ : والذى نفسى بيده **لأقضين بينكما بكتاب الله : الوليد والغنم رد ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب** عام ، اغد ياأنيس - لرجل من أسلم - إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها - قال : فغدا عليها فاعترفت فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت[١] - متفق على صحته ، والاعتراف حصل بالإقرار مرة واحدة .

الجواب :

قوله : شرعيته لم تكن ثابتة فى تلك الحالة - قلنا : بلى ، ولكن شرعية الجلد كانت ثابتة . فلو ظهر الزنا بالإقرار مرة لما أخر إقامته .

قوله : يحتمل أن التأخير إنما كان لأنه شك فى عقله - قلنا : لا نسلم ، بل عرفه قبل ذاك . والدليل على أنه كان عاقلا أنه جاء تائبا نادما طالبا لحد الله ، وهو أمارة العقل ، وسؤال النبى ﷺ عن جنونه إنما كان تلقينا له الشبهة ، كما هو السنة .

---

(١) راجع : بلوغ المرام ، رقم ١٠٣١ ص ١٨٨ . وسبل السلام ، ٤ : ١٢٦٧ - ١٢٦٨ وفيهما : متفق عليه واللفظ لمسلم وراجع فيما تقدم الهامش ٥ ص ١٤٤ . والعسيف الأجير وسمى عسيفا لأن المستأجر يعسفه فى العمل والعسف الجور . وأنيس هو أنيس بن الضحاك الأسلمى وغلط من زعم أنه أنس بن مالك صغره النبى ﷺ عند خطابه (راجع بلوغ المرام ، الموضع السابق ، هامش ٢ ص ١٨٨ . وسبل السلام ، الموضع السابق ، الهامش ١ و ٣ ص ١٢٦٨ .

قوله : لم يجد من يقيم عليه – قلنا : لا نسلم ، بل كان قادرا على الإقامة قبل الإقرار أربعا بالطريق الذى بعد الإقرار [أربعا][١] .

قوله : مطلق الأمر يقتضى الوجوب على التراخى – قلنا : الجواب عنه من وجوه :

أحدها – / أنه يقتضى الوجوب على الفور ، لأن الأصل أن لا يتراخى الحكم عن السبب . ٢/٧٧

والثانى – أن الأمر بالحد يقتضى الوجوب على الفور ، لأنه متوجه على الإمام ، وفى التراخى احتمال الفوات .

والثالث – أن حد ماعز وجب على الفور ، لأنه كان طالبا للطهرة وطلبه يقتضى الفور . وأما النذور والكفارات فممنوع – عن الجصاص – بل يجب على الفور .

قوله : كان غير متقرر لاحتمال الرجوع – قلنا : هذا الاحتمال ثابت بعد الإقرار أربعا . ومع هذا متقرر ، فعلم أنه كان متقررا .

وأما الحديث – [فـ] لا يخلو : إما إن كان متقدما على ما روينا ، أو متأخرا عنه . فإن كان متقدما كان منسوخا بهذا . وإن كان متأخرا ينصرف إلى الاعتراف المعهود فى هذا الباب ، وهو الإقرار أربع مرات .

٨٧ ــــ **مسألة** : الإحصان يثبت بشهادة رجل وامرأتين .

وصورته – إذا أنكر الزانى بعض شرائط الإحصان .

والوجه فيه – أن هذا زان ظهرت ثيابته[٢] عند القاضى بحجة شرعية ، فيجب عليه الرجم .

---

(١) فى الأصل كذا : « بعد الإقرار الأربعة » .

(٢) رجل ثيب وامرأة ثيب – قال ابن السكيت : وهو الذى دخل بامرأة وهى التى دُخل بها – مختار الصحاح .

وإنما قلنا إنه زان ، لأن الزنا ثبت بحجة شرعية .

وإنما قلنا : ظهرت ثيابته - لأنه وجدت الحجة المثبتة لها ، المظهرة لها عند القاضى . وهو شهادة رجل وامرأتين ، لأنهـ [ـا] مثل شهادة رجلين فى إظهار الحق . لقوله تعالى : ﴿ فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾[١] - فيجب عليه الرجم بالحديث[٢] .

فإن قيل : قولكم شهادة رجل وامرأتين مثل شهادة رجلين - قلنا : لا نسلم .

أما النص - قلنا : ذاك فى باب المداينة ، بدليل سياق الآية[٣] ، ونحن نقول به .

ولئن سلمنا أن شهادة رجل وامرأتين مثل شهادة رجلين ، لكن لا مدخل لها فى باب الحدود ، بالإجماع .

ولأن الإحصان شرط فى معنى العلة ، بدليل أنه يصح الرجوع عن الإقرار بالإحصان ، كما فى الزنا .

ولا يشترط الدعوى فى الشهادة عليه ، كما فى الزنا . فلا تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين إلحاقا له بحقيقة العلة / فى باب الرجم . ١/٧٨

ولأن الذكورية[٤] عندكم شرط فى باب التزكية مع أنه أبعد من الحد - فهذا أولى .

ثم هذا الذى ذكرتم ظن وقياس ، والحدود لا تثبت بالظن والقياس .

---

(١) البقرة : ٢٨٢ - ﴿ .. واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ... ﴾ وانظر فيما يلى الهامش ٣ .

(٢) راجع فيما تقدم ص ٢٠٤ والهامش ١ و ٢ منها ، وص ٢١٦ والهامش ١ منها .

(٣) الآية ٢٨٢ من سورة البقرة : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ... ﴾ راجع فيما تقدم الهامش ١ والآية كلها من سورة البقرة .

(٤) الذُّكر خلاف الأنثى والذكورة خلاف الأنوثة - المعجم الوسيط .

الجواب :

قوله : النص[١] ورد فى المداينات لا فى الحدود - قلنا : الأمر بالاستشهاد ورد فى المداينات ، ولكن تفسير الشاهدين ورد مطلقا ، بدليل أنه ألحق به النكاح وغيره .

قوله : شهادة النساء لا مدخل لها فى باب الحدود - قلنا : بلى ، ولكن لم قلتم بأنه شهادة الحد ، بل هو شهادة على النكاح ، وهو غير الزنا .

قوله : بأن الإحصان شرط فى معنى العلة - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، بدليل أن النكاح لو ثبت بشهادة رجل وامرأتين قبل ظهور الزنا ثم زنى وظهر عند القاضى زناه ، يقضى بالرجم عليه .

وأما الرجوع - فلأن الإحصان شرط[٢] حق الله تعالى ، وهو الرجم .

ولا يشترط الدعوى ، لأن فيه تحريم الفرج .

وأما التزكية - فإنها شرط فى معنى العلة ، لأنها مؤثرة فى ظهور عدالة الشاهد ، وعدالة الشاهد فى ظهور الزنا .

قوله : هذا إثبات الحد بالرأى والقياس - قلنا : ليس كذلك ، بل إثبات بالاستدلال ، لأنا بينا أن هذا عين المنصوص عليه لا غيره .

٨٨ ـــ **مسألة** : حد القذف لا يورث ، ولا يسقط بإسقاطه ، ولا يجرى فيه التداخل . وعنده : يورث ، ويسقط ، ويتداخل[٣] .

والوجه فيه - أن المغلب فى حد القذف حق الله تعالى ، فلا يجرى فيه الإرث ، قياسا على الزنا[٤] .

---

(١) **البقرة : ٢٨٢ - راجع فيما تقدم الهامش ١ و ٣ ص ٢١٨ .**

(٢) فى الأصل يظهر أنها « بشرط » .

(٣) راجع : السمرقندى ، التحفة ، ٣ ، ٢٢٦ - ٢٢٧ .

(٤) قال السمرقندى فى التحفة ، ٣ : ٢٢٧ : « فالحاصل أن المغلب فى حق القذف حق الله تعالى عندنا . وعنده المغلب حق العبد - فلا يورث عندنا ، خلافا له » .

وإنما قلنا ذلك ، لأنه قابل للتنصيف . ولأن أثره إشاعة الفاحشة ، وذلك حق الشرع . ولهذا لا يباح برضا العبد ، فكان قضيته أن لا يكون العبد بسبيل من استيفائه ، إلا أن الشرع جعله نائبا عن نفسه فى ذلك ، ففيما عداه نتمسك بالدليل .

فإن قيل : قولكم بأن أثره إشاعة الفاحشة - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأن قول القاذف « زنيتَ » إن كان يقتضى ظهور الفاحشة ، فإنكار المقذوف / يقتضى عدمه ، فتعارضا ، فلا يظهر الفاحشة .

٢/٧٨

ولئن سلمنا أنه إشاعة الفاحشة وإنه حق الشرع من هذا الوجه ، ولكنه هتك حرمة عرض العبد ، فيكون حق العبد من هذا الوجه ، وحقه فى العرض أقوى ، لأنه تبع النفس ، وحقه فى النفس أقوى ، لأن قتله يشرع لخيره القصاص والدية ، وحق الشرع فى القتل بالكفارة .

والدليل على أن الغالب فى القذف حق العبد الأحكام :

منها - أنه يشترط فيه دعوى العبد . فلو كان الغالب حق الشرع لما شرط ، كحد[١] الزنا .

ومنها - أنه لا يسقط بتقادم العهد .

ومنها - أنه لا يصح فيه الرجوع بعد الإقرار .

ومنها - أنه يعمل فيه تصديق العبد .

ومنها - لو قذف ميتا يثبت حق إقامة الحد للورثة .

ولئن سلمنا أن حق العبد مغلوب ، ولكن لم قلتم بأن ذلك القدر الذى ثبت للمورث ، وإن قل ، لا يثبت للوارث ؟ .

---

(١) فى الأصل تشبه : « لحد » .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ والذين يرمون المحصنات – الآية ﴾[١] مطلقا هـ .

الجواب :

قوله : بأن قول القاذف « زنيتَ » ينعدم بإنكاره – قلنا : ليس كذلك ، لأنه إذا وقع فى ألسن الناس ، والناس بين مصدق ومكذب ، تشيع الفاحشة ، ولا نعنى بإشاعة الفاحشة إلا هذا القدر .

قوله : فيه هتك عرض العبد – قلنا : بلى ، ولكنه غير مقصود ، بل هو تبع لحق الشرع .

وأما الأحكام – قلنا :

إنما يشترط الدعوى – لأن الأصل ألا تسمع البينة إلا بالدعوى ، إلا فى الزنا والشرب : [فـ] لا تشترط الدعوى ، لأنه لا يتعين لذا[٢] . والقذف والسرقة يتعين فيشترط[٣] .

وأما قبول الشهادة بعد تقادم العهد – إنما كان لأنه لا تهمة فى التأخير ههنا لكونه موقوفا على الدعوى ، بخلاف سائر الحدود ، فإن التأخر دل على التهمة ، لعدم الدعوى[٤] .

وإنما لا يصح الرجوع بعد الإقرار – لأن له مكذبا وهو المقذوف ، بخلاف الزنا[٥] / وبخلاف السرقة فإنه حق الشرع .

١/٧٩

---

(١) النور : ٤ وما بعدها : ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون ○ إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم ○ والذين يرمون أزواجهم ... ﴾ . وانظر أيضا : النور : ٢٣ .

(٢) قد تكون « كذا » .

(٣ – ٤) راجع : السمرقندى ، التحفة ، ٣ : ٢٤٥ – ٢٤٦ .

(٥) فى الأصل كذا : « الربا » بلا نقط .

وأما التصديق - إنما لا يجب مع التصديق لحق[١] الشرع ، وهو احتمال الكذب .

وأما إذا قذف ميتا - لا يثبت لهم بطريق الوراثة ، بل ابتداء للحوق العار بهم .

قوله : إن كان حق العبد مغلوبا ، لم لا يجب الحد ؟ قلنا : لأن المغلوب له حكم العدم .

قوله : لم قلتم بأن ذلك القدر الذى ثبت للمورث لا يثبت للوارث ؟ قلنا : لأن فى استيفائه حينئذ إبطالا لحق[٢] الشرع بخلاف المورث ، لأنه نائب[٣] عن الشرع ، [و] من ادعى النيابة ههنا فعليه البيان .

وأما إطلاق الآية - قلنا : لم يبق الإمكان ، لأن الدليل ينفيه[٤] .

والله أعلم .

---

(١) فى الأصل كذا : « لعقد » راجع فيما تقدم الهامش ٤ ص ٢١٩ والهامش ٤ التالى .

(٢) فى الأصل « لأن فى استيفائه حينئذ يكون إبطالا للحق الشرع » راجع فيما تقدم الهامش ٤ ص ٢١٩ والهامش ٤ التالى .

(٣) « نائب » غير واضحة فى الأصل وموضعها فيه بياض فى معظمه .

(٤) راجع الشوكانى ، فتح القدير ، ٤ : ٧ وما بعدها .

قال السمرقندى فى التحفة ، ٣ : ٢٢٦ : ولو أنه طلب المقذوف الحد وخاصم بين يدى القاضى ، وحكم القاضى به ، ثم مات ، أو مات قبل أن يطالب ، أو مات بعد ما ضرب بعض الحد - بطل الحد وبطل ما بقى ، وإن كان سوطا واحدا ، ولا تبطل شهادة المقذوف - وهذا عندنا . وعند الشافعى : يقوم الوارث مقامه فى الخصومة والحضرة . فالحاصل أن المغلب فى حق القذف حق الله تعالى عندنا . وعنده المغلب حق العبد ، فلا يورث عندنا خلافا له .

وفى الزيلعى ، تبيين الحقائق ، ٣ : ٢٠٣ : (ويبطل بموت المقذوف لا بالرجوع والعفو) يعنى حد القذف يبطل بموت المقذوف ولا يبطل بالرجوع عن الإقرار ولا بالعفو . وكذا بموته فى أثناء الحد : يبطل ، لأن فيه حق الله تعالى وحق العبد ، فبالنظر إلى حق الله تعالى يبطل بالموت ولا يبطل بالعفو . وبالنظر إلى حق العبد لا يبطل بالرجوع بخلاف غيره من الحدود .

[٩]

كتـاب السـرقة

١/٧٩

٨٩ ــ **مسألة** : القطع مع الضمان لا يجتمعان .

والوجه فيه – أن السرقة تناولت مالا غير منتفع به فى حق المالك شرعا[١] ، فلا يوجب الضمان ، حقا للمالك ، قياسا على سرقة الخمر والخنزير .

وإنما قلنا ذلك – لأن هذه السرقة انعقدت موجبة للقطع ، وانعقادها موجبة للقطع دليل على أن المال غير منتفع به حالة السرقة ، أو هو محرم الانتفاع به بعينه شرعا ، لأنه لو كان منتفعا به فى حالة السرقة كان الانتفاع مباحا فى ذاته فى حق السارق ، فكانت السرقة مباحة ، تمكينا له من الانتفاع وإقامة للمصالح ، وكل فعل هذا حاله ، لا يعرى عن الشبهة . ولو تمكنت الشبهة فيه لاندفع القطع ، لأن الحدود تندرىء بالشبهات – فدل وجوب القطع على عرائها عن الشبهة ، ودل عراؤها عن الشبهة على كونه محرم الانتفاع ، فلا يجب الضمان ، لأن أخذ الضمان [سببه]إتلاف مال منتفع به ، فلا يتلف إلا بمثله .

فإن قيل : اعتبار مثل هذه الشبهة يؤدى إلى سد باب الحد ، لأن السرقة لا يتصور بدونها ، فكان باطلا .

ثم نقول – وجوب القطع يدل على كون المال غير منتفع به شرعا فى حق السارق أم فى حق المالك ؟ / م ع . وهذا لأن الحل والحرمة : جاز أن[٢] **يثبت فى حق شخص** دون شخص – ألا ترى أن منكوحة الغير حلال الوطء فى حقه حرام الوطء فى حق الأجنبى ، وغيرها من الأمثلة – كذا هذا : المال حلال الانتفاع فى حق المالك وإنه يكفى لوجوب الضمان ، محرم الانتفاع فى حق السارق ، ولهذا يقطع – دل عليه أنه يبقى ملك المال فيه ، بدليل وجوب الرد .

٢/٧٩

---

(١) الظاهر أن المقصود أنه لا يجوز للسارق الانتفاع بالمال المسروق لأنه مملوك للمسروق منه – انظر فيما يلى .

(٢) فى الأصل كذا : « جاران » – انظر ما يلى فى الجواب .

ولئن سلمنا أنه غير منتفع ، ولكن بالسرقة خرج عن الانتفاع ، فيوجب الضمان ، ولأنه كان منتفعا به قبل الإخراج من الحرز ، فتناول الأخذ مالا معصوما ، فكان غصبا موجبا للضمان ، ولهذا لو أتلف قبل الإخراج يجب عليه الضمان .

الجواب :

قوله : هذه [الشبهة] تؤدى إلى سد باب الحد ، لأن السرقة لا تتصور بدونها - **قلنا : لا نسلم ، بل تتصور بدونها ، بأن يسرق الخمر أو الخنزير .**

قوله : جاز أن يثبت الحل والحرمة فى حق شخص دون [شخص](١) - قلنا : **نعم ، ولكن الإباحة إذا ثبتت فى حق شخص بدليل ، وذلك الدليل يقتضى** الإباحة فى حق غيره ، تثبت شبهة الإباحة إن لم تثبت حقيقة الإباحة - بخلاف المنكوحة ، لأن المنافع التى يستوفيها الزوج غير التى يستوفيها الأجنبى .

وأما بقاء الملك ووجوب الرد - [فـ] لا يدل على كونه مباح الانتفاع به ، بدليل الخمر إذا سرق من مسلم .

قوله : تناول الأخذ مالا معصوما ، فيكون غصبا - قلنا : نعم ، ولكن السرقة تتم عند الإخراج من الحرز ، والفعل قبل الإخراج من الحرز ليس بسبب للضمان ، لأن الغصب إنما يكون سببا للضمان بإزالة يد المالك ، وما دام فى داره فهو فى يد المالك ، فلو أتلفه فى الدار ، ففيه اختلاف المشايخ .

٩٠ ـ **مسألة** : **لا قطع على النباش**(٢) .

والوجه فيه - أن النبش لا يساوى السرقة من الأحياء ، فى وصف الجناية والقبح ، فلا يساويه فى العقوبة .

---

(١) « شخص » ليست فى الأصل . وفيما تقدم « .. الحل والحرمة جاز أن يثبت فى حق شخص دون شخص » .

(٢) النَّبَّاش من يفتش القبور عن الموْتى ليسرق أكفانهم وحليهم والنِّباشة حرفة نبش القبور - المعجم الوسيط .

وإنما قلنا ذلك - لأن السرقة من الأحياء جناية على مال يستعمل فى مصلحة البقاء ظاهرا / غالبا ، والجناية على مال - لا يستعمل فى مصلحة البقاء ظاهرا وغالبا - هو النبش ، لأنه لا ينتفع بالكفن شرعا ، لكونه محرم النزع ، ولا طبعا لنَفْر الطباع(١) السليمة عنه ، وإذا لم يستويا فى الجناية ، لم يستويا فى العقوبة ، لما ذكرنا .

١/٨٠

فإن قيل : قولكم بأن النبش لا يساوى السرقة - قلنا : لا نسلم ، لأن النبْش سرقة بالنقل والحقيقة : أما النقل - [فـ] ما روى عن عائشة أنها قالت : « سارق أمواتنا كسارق أحيائنا » والمراد النباش . وأما الحقيقة - فلأن السرقة فى عرف الشرع أخذ مال مملوك متقوم من حرز كامل على سبيل الخفية ، وقد وجد ، فيوجب القطع بالنص .

ولئن سلمنا أنه غير السرقة ، ولكن لم قلتم بأنه لا يساوى السرقة ؟ .

قوله : لأنه أخذ مال لا يستعمل فى مصلحة البقاء - قلنا : الشرط حقيقة الاستعمال أم كونه صالحا للاستعمال ؟ ع م . وهذا لأنه ثوب صالح لإقامة(٢) المصالح ، إلا أنه منع عن الانتفاع به لما فيه من كشف عورة الميت ، لا لعينه ، فصار كالثوب النجس(٣) ، فإنه يقطع به - كذا هذا .

ولئن سلمنا أنه لا ينتفع به ، ولكن قبل النزع أم بعده ؟ م ع - وهذا لأن الكفن إذا نزع يجوز الانتفاع به ، لأن إعادته إلى الميت غير مشروع .

وأما ما ذكر من النفْرة فذاك يختلف باختلاف الطباع ، وإنه لا يخل بالانتفاع ، كثوب الأبرص والأجرب والمجذوم .

ولئن سلمنا أنه فات هذا النوع من القبح ، ولكن عارضه قبح آخر ، وهو كشف الميت .

---

(١) فى الأصل كذا : « لتنفر » . وفى المعجم الوسيط : نَفَر نَفْرا ونُفُورا أعرض .

(٢) فى الأصل كذا : « للإقامة » .

(٣) فى الأصل كذا : « النحس » وسيأتى « الثوب النحس » .

الجواب :

قوله النبش سرقة - قلنا لا نسلم .

وأما قول عائشة : سارق أمواتنا - قلنا : سمته سارقا بطريق المجاز .

وأما ما ذكر من حد السرقة - قلنا : ذاك القدر لا يكفى لحد السرقة ، بل هو مع كونه أخذا من حافظ مترصد لحفظه ، وذلك لا يتحقق ههنا . ولهذا لو سرق من بيت فى طرف من أطراف البلد ليس حوله [عمارة](١) ولا ثم / حافظ وأغلق بابه ، فإنه لا يقطع . وكذلك إن سرق مالا آخر من القبر غير الكفن لا يقطع ، لما ذكرنا - كذا هذا .

٢/٨٠

قوله : الشرط حقيقة الاستعمال أم كونه صالحا للاستعمال ؟ - قلنا : الشرط كونه بحال يستعمل فى مصلحة البقاء عادة ، والنبش جناية على مال لا يستعمل فى مصلحة البقاة عادة ، لقيام المانع على ما ذكرنا ، فلا يكون أخذه فى الجناية مثل أخذ مال آخر ، بخلاف الثوب النجس لأنه لا مانع عن الانتفاع به طبعا وشرعا بواسطة الإزالة .

وبه خرج الجواب عن السؤال الذى يليه .

قوله : بأن الطباع مختلفة - قلنا : الحكم لا ينى على طباع اللئام ولا على طباع الكرام ، ولكن على الأوساط الأعم ، وطباع الأعم ما ذكرنا ، بخلاف ثوب الأبرص ، لأن تلك النفرة تزول بالغسل - أما ههنا بخلافه .

وأما كشف الميت - فلا ، لأ [نه] لا يوجب القطع ، والكلام فيه .

---

(١) كلمة هنا غير ظاهرة والمعنى ظاهر : ليس حوله عمران أو جيران .

انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٣ : ٢٣٧ : « ومنها (من شرائط السرقة) - أن يكون المال المسروق محفوظا ، محرزا على الكمال . وإنما يكون محرزا بأحد أمرين : إما أن يكون فى مكان معد للإحراز عادة ، كالدور والبيوت والحوانيت والصناديق . وإما أن يكون محرزا بالحافظ ... » .

٩١ ـــ **مسألة** : السارق لا يؤتى على أطرافه الأربعة – خلافا له .

والوجه فيه – أن القطع فى المرة الثالثة تفويت جنس منفعة البطش ، فلا يشرع حدا ، قياسا على قطع اليدين فى المرة الأولى .

وإنما قلنا ذلك – لأنه تفويت القدرة على البطش أصلا ، فلا يشرع لوجهين :

أحدهما – أنه إهلاك النفس من وجه ، لأن قيام النفس بقيام منافعها ، وفى الإهلاك من وجه شبهة الإهلاك ، والحدود تندرىء بالشبهات .

والثانى – وهو أن القطع شرع زاجرا ، وفى تفويت جنس منفعة البطش لا يكون زجرا ، لأن الزجر إنما يحصل أن لو بقى الشخص قادرا على الفعل المزجور عنه .

فإن قيل : قولكم بأن القطع فى المرة الثالثة تفويت منفعة البطش – قلنا : تفويت المنفعة يضاف إلى القطع فى الثالثة فحسب أم إليه وإلى الأولى والثانية ؟ ع م – ولكن حينئذ يكون القطع فى المرة الثالثة تفويت بعض هذه المنفعة ، وإنه مشروع بالإجماع كما فى الأولى .

ولئن / سلمنا أنه تفويت المنفعة لم لا يشرع ؟ . ١/٨١

قوله : هو إهلاك النفس من وجه – قلنا : لا نسلم ، بل هو تفويت منافع اليد ، أما منافع النفس فهى قائمة بحالها .

وأما قوله بأنه شرع للزجر ولا يحصل به الزجر ، لعذر[١] القدرة – قلنا : لا نسلم ، بل يتصور بالأخذ بالأسنان والإبط والرسغين والاستعانة بغيره ، ولهذا يقطع الأعمى إذا سرق على ما ذكرتموه .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾[٢] مطلقا من

---

(١) فى الأصل كذا : « لعذر » .

(٢) المائدة : ٣٨ – ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم ﴾ .

غير فصل ، ولأن السرقة فى المرة الثالثة أقبح من السرقة فى المرة الأولى والثانية ، لأنه أدل على الجرأة والوقاحة وللإصرار عليها ، فكانت الحاجة إلى شرع القطع أمس ، وصار هذا كما إذا قطع يسار إنسان والقاطع لا يمين له ، يقطع يسار القاطع ، مع ما ذكرتم - كذا هذا .

الجواب :

قوله : بأن تفويت المنفعة مضاف إلى القطعين - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأن الحكم إذا ثبت عقيب علة ذات وصفين ، يضاف إلى آخرهما ، كما فى مسألة السفينة(١) .

قوله : بأنه تفويت منفعة اليد لا النفس - قلنا : بلى ، هو تفويت منفعة النفس ، لأن النفس هى الآخذة واليد آلة ، على أن النفس عبارة عن مجموع هذه الأعضاء .

قوله : لم قلتم بأن الزجر لم يحصل بهذا القطع ؟ قلنا : لأن الزجر إعدام الجناية مع بقاء الجانى ، وفى هذا إعدام الجانى - على ما مر ، فلا يكون زجرا .

وما ذكر من الصور فنادر جدا ، فيلحق بالعدم .

---

(١) يجوز أن تكون العلة وصفا واحدا ويجوز أن تكون وصفين وأوصافا بلا خلاف فى الشرعيات فهل العلة هى كل الأوصاف أو صفة الاجتماع أو الوصف الزائد المجهول الذى لا يتصور انعقاد العلة والحكم بدونه . قال بعضهم العلة هى كل الأوصاف . وقيل العلة صفة الاجتماع . وقال بعضهم : هو الوصف الزائد . وهو وصف من الجملة غير عين ، وهو الذى لا يتصور بدونه الاجتماع ولا ينعقد العلة بدونه . نظير المسألة : سفينة فى الماء لا تغرق بوضع كر فيها ، وتغرق إذا زيد قفيز على الكر : فوضع إنسان فيها كرا وقفيزا ، من مال إنسان بغير إذن صاحبه ، حتى غرقت السفينة وتلف ما فيها : فعند الأولين يضاف إلى الكر والقفيز جميعا . وعند الفريق الثانى : إلى صفة الاجتماع . وعند الفريق الثالث : يضاف إلى قفيز من الجملة غير عين ، لا إلى قفيز زائد عينا .

ويستوى الجواب بين أن يلقى الكر والقفيز معا ، أو يلقى الكر أولا ثم القفيز ، أو يلقى القفيز أولا ثم الكر ، لأنه ما لم يوجد الكل ، لا يتحقق التلف بأى طريق وجد وضع الكل ... الخ .

(يراجع ، السمرقندى ، ميزان الأصول - المختصر ، ص ٥٨٧ - ٥٨٩) .

بخلاف الأعمى : فإن آلة السرقة قائمة ، وهى اليدان ، أما ههنا بخلافه .

وأما الآية – قلنا : عام خص منه البعض ، فيخص المتنازع فيه ، لما ذكرنا .

على أن المراد من الأيدى فى الآية الأيمان لا غير ، بدليل قول ابن مسعود : « فلا يكون اليسار مرادا » فكان مقتضاه أن لا يقطع رجله فى المرة الثانية لأن[١] قطع الرجل وجب بنص آخر ، لا بهذا النص .

وأما قوله بأن القطع ههنا الحاجة إليه أمس – قلنا : هذا غير معتبر بدليل أن / سرقة ألف دينار يساوى سرقة دينار فى حكم القطع . ٢/٨١

وأما وجوب القصاص فى العمد من الجانبين – فلأن القصاص فى الأطراف يعتمد التساوى صورة وقد وجد – أما ههنا بخلافه .

٩٢ ــ **مسألة** : السارق إذا ملك المسروق بعد القضاء ، قبل الاستيفاء ، بالهبة وغيرها من أسباب الملك ، لا يجب القطع استيفاء ، خلافا له .

وأجمعوا على أنه لو لملك قبل الخصومة ، لا يجوز استيفاء القطع . ولو ملكه بعد الخصومة قبل القضاء ، لا يجوز القطع . وله فيه قولان .

والوجه فيه – أن هذه البينة لم تتم موجبة للقضاء بالقطع ، فلا يقطع ، قياسا على ما إذا ملكه قبل القضاء .

وإنما قلنا ذلك – لأن شرط كون البينة موجبة للقطع ، قيام الخصومة عند استيفاء القطع[٢] ، لأن البينة حجة ضرورية ، خصوصا فى القطع ، لأن الدليل ينفى كونها حجة ، لاحتمال الكذب والصدق ، إلا أنا توافقنا على كونها حجة للضرورة ، والضرورة تندفع بجعلها حجة عند قيام الخصومة ، فلا ضرورة إلى جعلها حجة فى غير الخصومة .

---

(١) فى الأصل قد تكون : « للان » .

(٢) فى الأصل تشبه « اللطع » ولو أولا .

فإن قيل : قولكم : لا ضرورة إلى جعل البينة حجة ههنا ، بطلانه ظاهر ، لأن الضرورة الجاعلة للبينة حجة هى الحاجة إلى صيانة أموال الناس عن السرقة بطريق الزجر ، وهذه الضرورة موجودة ههنا .

ولئن سلمنا أن الضرورة عند قيام الخصومة ، لكن فى الجملة أم فى الحال ؟ م ع - بيانه - أن شرط كون البينة حجة غير وجود الحجة ، وقد وجدت الخصومة عند البينة ، فصارت حجة مطلقة ، فدوام الشرط بعده ليس بشرط ، كما إذا زنى بامرأة ثم ملكها بالنكاح أو بأمة ثم ملكها بالشراء ، لا يمنع استيفاء الحد - كذا هذا .

والدليل على أن الضرورة إلى جعل البينة حجة - هى قبل الاستيفاء ، لا حالة الاستيفاء / أنه لو قطع إنسان يده قبل القضاء يضمن ، ولو قطعها بعد القضاء لا يضمن . وكذلك السارق لو رد المسروق إلى المالك بعد القضاء قبل الاستيفاء لا يمنع الاستيفاء ، ومعلوم أن حق الخصومة كما يمتنع بالملك يمتنع بالرد ، ولأنه ظهر عند القاضى كونه سارقا ، فيتناوله النص الموجب للقطع .

١/٨٢

ثم هذا معارض بما روى صفوان بن أمية قال : « كنت نائما فى المسجد على خميصة[١] لى بثمن ثلاثين [درهما] فجاء رجل فاختلسها منى ، فأخذ الرجل ، فأتى به إلى النبى ﷺ ، فأمر به ليقطع فأتيته فقلت : أنقطعه من أجل ثلاثين درهما ! أنا

(١) الخَميصة ثوب أسود أو أحمر له أعلام - المعجم الوسيط .

صفوان بن أمية بن خلف قتل أبوه أمية بن خلف ببدر كافرا . وهرب صفوان يوم الفتح ثم رجع إلى النبى ﷺ فشهد معه حنينا والطائف وهو كافر وامرأته مسلمة أسلمت يوم الفتح قبل صفوان بشهر ثم أسلم صفوان وقُرا على نكاحهما واستعاره رسول الله ﷺ سلاحا فقال « طوعا أو كرها » فقال « بل طوعا - عارية مضمونة » فأعاره وأعطاه رسول الله ﷺ من الغنائم يوم حنين فأكثر فأسلم وأقام بمكة حتى مات . وكان إسلامه بعد الفتح وكان أحد أشراف قريش فى الجاهلية وهو أحد المؤلفة قلوبهم وكان من أفصح قريش لسانا ومات صفوان بمكة سنة ٤٢ هـ فى أول خلافة معاوية . روى عنه ابنه عبد الله وابن أخيه حميد وغيرهما - ابن عبد البر ، الاستيعاب .

أبيعه وأنسئه[١] **ثمنها . وفى لفظ : قد تجاوزت عنه - قال فهلا كان هذا قبل أن تأتينى به »**[٢] - رواه النسائى .

الجواب :

قوله - بأن الضرورة هى صيانة أموال الناس بطريق الزجر - قلنا : بلى ، ولكن هذه الضرورة إنما تندفع باستيفاء القطع الذى يحتاج إليه الزجر ، والقاضى يتمكن من استيفاء القطع الذى يحتاج إليه الزجر ، بجعلها حجة عند الاستيفاء ، فلو امتنع حصول الزجر ، إنما يمتنع بفقد الخصومة عند الاستيفاء ، بسبب ملك السارق ، وذلك أمر نادر .

قوله : البينة صارت حجة عند القاضى - قلنا : نعم ، ولكن فى حق المال . أما لا ضرورة إلى جعلها حجة فى حق القطع ، بخلاف ما إذا ملك المزنية ، لأن الخصومة ليست بشرط فى باب الزنا .

وأما إذا قطع إنسان يد السارق بعد القضاء ، قبل الاستيفاء - قلنا : لأن البينة بقيت حجة عنده فى حق نفى الضمان ، لأن الظاهر هو استيفاء القطع ، ومثل هذه اليد لا يكون منتفعا بها من كل وجه ، فلا يكون قطعها موجبا للضمان .

وأما فصل رد المسروق ، فممنوع .

قوله : بأن السرقة ظهرت عند القاضى وثبت كونه سارقا - قلنا : هذا باطل بالسرقة الظاهرة بشهادة الرجال والنساء أو بالشهادة على الشهادة .

---

(١) نسأ الشئَ أو الأمرَ أخره - يقال : نسأ الدين واستنسأه استمهله والنَّساء التأخير والنسىء تأخير حرمة المحرم إلى صفر أيام الجاهلية .

والنسيئة الدين المؤخر - يقال : باعه بنسيئة أى بتأخير . وربا النسيئة خلاف ربا الفضل وهو البيع إلى أجل معلوم من غير تقابض ولو كان بغير زيادة - المعجم الوسيط .

(٢) انظر : بلوغ المرام ، رقم ١٠٥٩ ص ١٩٤ : وسبل السلام ، ٤ : ١٥٨ أ ص ١٣٠٦ - ١٣٠٧ .

وأما حديث صفوان بن أمية فمعارض بإطلاق قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة / فاقطعوا – الآية ﴾ (١) . ٢/٨٢

٩٣ ــ **مسألة** : السارق من المودع والمستعير والمضارب والمرتهن والمستأجر والغاصب – يقطع بخصومة هؤلاء وبخصومة المالك وحده .

والوجه فيه – أن السرقة انعقدت موجبة للقطع فى نفسها ، وقد ظهرت عند القاضى ، بحجة شرعية ، فيجب على القاضى استيفاء القطع قياسا على ما إذا ظهرت بخصومة المالك .

وإنما قلنا : إن السرقة انعقدت موجبة للقطع ، لأن الكلام فى مثل هذه السرقة . وإنما قلنا – إنها ظهرت عند القاضى بحجة شرعية ، لأن الحجة الشرعية شهادة عدلين ، عند خصومة معتبرة ، وقد وجد ، لأن خصومة المودع خصومة معتبرة ، لأن خصومة المالك إنما اعتبرت لحاجته إلى إظهار السرقة ، لإعادة يده على المحل ، تحصيلا للأغراض المتعلقة باليد .

فإن قيل : بأن السرقة ظهرت عند القاضى بحجة شرعية عند خصومة معتبرة – قلنا : لا نسلم .

قوله : لأن خصومة المالك إنما اعتبرت لحاجته – قلنا : لا نسلم . وهذا لأن حاجة المالك إثبات الملك وإعادة اليد لا إظهار السرقة . وهذه الحاجة تندفع بمجرد دعوى الأخذ ، إلا أن الشرع أنابه مناب نفسه فى دعوى السرقة ، فلا يجعل غيره نائبا .

ولئن سلمنا أن المالك إنما جعل خصما فى دعوى السرقة ، بطريق الأصالة ، لحاجته – ولكن حاجته إلى إعادة اليد فقط ، أو إليها وإلى استيفاء المنافع المختصة بملك الرقبة ؟ ع م – ولكن هذا المعنى لا يتحقق فى المودع ومن يمثل حاله .

---

(١) المائدة : ٣٨ : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم ﴾ وفى الأصل « السارق » . وراجع فيما تقدم ص ٢٢٧ والهامش ٢ منها .

ولئن سلمنا أن المودع جعل خصما فى السرقة ، ولكن أصالة أم نيابة ؟ ع م . فلم قلتم بأن النائب يصلح خصما . وهذا لأن الأبدال لا مدخل لها فى باب السرقة ، كما فى الشهادة على الشهادة ، وشهادة الرجال مع النساء ، والنيابة من باب الإبدال ، فلا تصلح حجة .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن المالك جعل خصما بطريق الأصالة لحاجته ؟ – قلنا : لأنه محتاج إليه ، ودعوى السرقة تصلح طريقا له ، فكان مناسبا / .

١/٨٣ قوله : يتمكن من دفع هذه الحاجة بدعوى مطلق الأخذ – قلنا : هذا إشارة إلى انتفاء الضرورة إلى دعوى السرقة . وحين لا ندعى الضرورة بل ندعي الحاجة ، ودعوى السرقة طريق ودعوى غيرها طريق ، فله أن يختار أيهما شاء .

قوله : بأن المالك جعل خصما لحاجته إلى استيفاء المنافع المختصة بملك الرقبة – قلنا : المنافع حاصلة له من نفاذ العتق والهبة والبيع ممن فى يده وغيرها ، إنما الحاجة إلى المنافع المختصة باليد ، والمودع ومن يمثله مع المالك سواء فى هذه الحاجة .

قوله : المودع لو كان خصما ، يكون خصما بطريق النيابة – قلنا : لا نسلم ، بل هو خصم بطريق الأصالة ، لأنه يحتاج إلى إعادة اليد – على ما مر . بخلاف مسألة الشهادة ، فإن ثمة فى الحجة قصورا[١] – أما ههنا بخلافه .

---

(١) فى الأصل : « قصور » .

[١٠]

كتاب السير

١/٨٣

٩٤ ـــ **مسألة** : قسمة الغنائم فى دار الحرب لا يجوز . ولو مات واحد من الغزاة فى دار الحرب لا يورث نصيبه . ولو لحقهم مدد فى هذه الحالة يشاركونهم فى الغنيمة . وعنده : الكل على العكس .

والوجه فيه – أن هذه قسمة وقعت قبل ثبوت الملك للغانمين – فلا يجوز ، قياسا على القسمة فى حال فور الهزيمة .

وإنما قلنا ذلك – لأن الاستيلاء أمر لا بد منه فى ثبوت الملك ، ولم يوجد ههنا .

وإنما قلنا إن الاستيلاء لا بد منه – لأن الملك إنما شرع لمصلحة البقاء ، ومصلحة البقاء إنما تحصل بالقدرة على الانتفاع والادخار ، والقدرة على الانتفاع والادخار إنما تكون بالقدرة على دفع القاصدين[١] ، وهذه الحالة غير ثابتة فى دار الحرب لتوجه المحاربة نحوهم وغلبة الأعداء على أموالهم ظاهرا وغالبا . وإذا انتفت القدرة انتفى الاستيلاء ، فينتفى الملك ، فينتفى جواز القسمة .

فإن قيل : قولكم بأن الملك شرع لمصلحة البقاء – قلنا : شرع لمصلحة البقاء فى الجملة أم لا محالة ؟ م ع – ولا يمكن دعواه لأن الإنسان يملك كثيرا من الأموال ، ولا تقوم به مصلحة البقاء / لا محالة ، بل فى الجملة على تقدير الحاجة ، وإنه موجود ههنا .

٢/٨٣

ولئن سلمنا أن الملك شرع لمصلحة البقاء ، ولكن لم قلتم بأنه لا يحصل ههنا ؟ .

قوله : لأن ذلك يكون[٢] بالقدرة – قلنا : نعم ، ولكن لم قلتم بأنه لا قدرة ههنا ؟ .

---

(١) فى الأصل تشبه أن تكون كذلك أو « الغاصبين » . والظاهر ما فى المتن – انظر ما يلى بعد قليل وقصد له وإليه توجه إليه عامدا وأقصد فلانا طعنه فلم يخطىء مقاتله – المعجم الوسيط .

(٢) « يكون » وردت فى هامش الأصل والظاهر أنها مشطوبة وإن كان السياق يقر وجودها .

قوله : لأن ذلك يكون بالقدرة على دفع القاصدين[١] - قلنا : الشرط قدرة دفع قاصد ظاهر القصد أم قاصد موهوم ؟ م ع - ولا يمكن دعواه لأنه يؤدى إلى سد باب الملك ولكن دفع قاصد ظاهر القصد قد حصل ههنا ، لأن الكلام فيما إذا قتلوهم وهزموهم وغلبوا على أموالهم .

ولئن سلمنا أن ملك الغانمين لم يثبت ، ولكن لم قلتم بأنه لا تجوز القسمة ، وبطلانه ظاهر ، لأن هذا المال لا يخلو : إما أن يكون مباحا أو تعلق به حق الغزاة : فإن كان مباحا ، تجوز القسمة ، لأن القسمة حينئذ تكون إثباتا للملك لهم بالإجماع . وإن تعلق به حق الغزاة ، فتجوز القسمة أيضاً ، لأن القسمة فى الحق تجوز كالشرب والطريق .

ثم هذا معارض بما روى عن النبى ﷺ أنه قسم غنائم خيبر بخيبر وغنائم أوطاس[٢] بأوطاس وغنائم بنى المصطلق فى ديارهم .

الجواب :

قوله : الملك شرع لمصلحة البقاء فى الجملة أم لمصلحة البقاء لا محالة ؟ - قلنا : لمصلحة البقاء ظاهرا وغالبا ، لأن الدليل ينفى ثبوت الملك ، لأن الأصل فى الأشياء أن تكون مباحا ، لقوله تعالى : ﴿ خلق لكم ما فى الأرض جميعا ﴾[٣] إلا أنا توافقنا على ثبوت الملك إذا كان وسيلة إلى البقاء ظاهرا وغالبا ، بالنظر إلى ذلك ، وهو صلاحية المال كذلك .

---

(١) الظاهر أنها كذلك . وقد تكون « الغاصبين » - راجع فيما تقدم الهامش ١ وما يلى فقد تكررت كلمات « القصد » و « القاصد » و « القاصدين » ص ٢٣٤ .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ١٤٠ .

(٣) البقرة : ٢٩ - ﴿ هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعاً .. ﴾ . وفى الهامش كلمة « مصلحة » دون الإشارة إلى موضعها من المتن .

قوله : الشرط دفع قاصد ظاهر القصد أم دفع قاصد موهوم القصد ؟ قلنا : الشرط قدرة دفع القاصدين ، وجميع الكفرة قاصدون .

قوله : الكلام فيما إذا قتلوهم وهزموهم – قلنا : لا يمكنهم قتل جميع الكفرة وقهرهم ، وإنما يمكنهم قتل البعض ، فكان القصد / من الباقين محتملا . ١/٨٤

قوله : بأن المحل إنما يكون مباحا أو تعلق به حق الغزاة – قلنا : الثابت للغزاة حق الملك ، وهذا ليس بأمر قائم بالمحل ، وحق التملك ليس من قبيل ما يقسم ، بخلاف الشرب والطريق ، لأنه حق ثابت فى المحل .

وأما الأحاديث – قلنا هذه المواضع كانت دار الحرب ، ولكن صارت دار الإسلام ، لأنه ظهر فيها أحكام الإسلام ، فلا تكون حجة .

٩٥ ــ **مسألة** : قال أبو حنيفة وأصحابه : خمس الغنيمة يقسم على ثلاثة أسهم ، سهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لأبناء السبيل(١) .

وعند الشافعى يقسم على خمسة أسهم : ثلاثة ما ذكر ، وسهم للرسول يصرف إلى نائبه وهو الخليفة ، وسهم لقرابة الرسول ﷺ(٢) .

ولقب المسألة – أن سهم ذوى القربى ساقط عندهم ، وعنده ثابت .

والخلاف فى العلة للاستحقاق – عنده بعلة القرابة ، وعندهم بعلة الفقر كسائر الفقراء . فصار حاصل الخلاف أن الغنى الهاشمى هل يستحق هذا السهم ؟ عندهم لا يستحق ، وعنده يستحق .

والوجه فيه – أن الخمس حق الله تعالى ، فلا يصرف إلى الغنى .

---

(١) وكذا قال السمرقندى فى التحفة ، ٣ : ٥٢٠ – ٥٢١ ، وكذا منه جـ ١ ، ص ٤٦٣ وما بعدها .

(٢) انظر الهامش السابق .

وإنما قلنا : إن الخمس حق الله تعالى - لقوله تعالى : ﴿ قل الأنفال لله ﴾(١) وقوله : ﴿ واعلموا أنما غنتم من شيء فأن لله خمسه ﴾(٢) وإذا كان لله فلا يصرف إلى الغني ، لأن المقصود من هذا الاستحقاق دفع حاجة العبد ، لأن الله مستغن عن الأموال والحاجات ، وإنما أضافه إلى نفسه لحاجة العباد ، والمحتاج هو الفقير دون الغني ، فلو صرفناه إلى الغني لكان فيه صرف الحق إلى غير المستحق ، وذلك لا يجوز .

فإن قيل : قولكم بأن الخمس حق الله لقوله تعالى : ﴿ فأن لله خمسه ﴾ - قلنا : هذه إضافة الملك والاستحقاق أم إضافة التبرك والاحترام ؟ / ع م - وبيانه أنه لو كان إضافة الملك والاستحقاق لكان ينبغي أن تقسم الغنائم على ستة أسهم ، ولم تقسم - فكان المراد ما ذكرنا . ٢/٨٤

ولئن سلمنا أنه إضافة الاستحقاق ، ولكنه يقتضي أن يكون كل الخمس لله أو بعضه ؟ ع م - وهذا لأنه أضافه إلى نفسه وإلى الأصناف الخمسة ، فهذا يقتضي أن يكون سدس الخمس لله ، فلا يمنع ما وراءه أن يصرف إلى الغني .

ثم ما ذكرتموه معارض بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب - [فـ] قوله تعالى : ﴿ واعلموا أنما غنتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذى القربى ﴾(٣) - أثبت لذوى القربى مطلقا من غير فصل .

وأما السنة - [فـ] قوله عليه السلام : « يا معشر بنى هاشم - الحديث » ذكرهم مطلقا(٤) .

---

(١) الأنفال : ١ - ﴿ يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول .. ﴾ .

(٢ - ٣) الأنفال : ٤١ - ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل إن كنتم آمنتم بالله وما أنزلنا على عبدنا يوم الفرقان يوم التقى الجمعان والله على كل شيء قدير ﴾ وانظر : الكاساني ، البدائع ، ٧ : ١٢٤ : س ٧ من أسفل .

(٤) فى بلوغ المرام ، رقم ٥٢١ ص ٩١ : « وعن عبد المطلب بن ربيعة بن الحارث رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « إن الصدقة لا تنبغى لآل محمد ، إنما هى أوساخ الناس » وفى رواية : « وإنها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد » رواه مسلم . وسبل السلام ، ٢ : رقم ٦٠٤ - ٦٠٦ ، ص ٦٣٧ - ٦٤١ . والسمرقندى ، التحفة ، ١ : ٤٦٨ - ٤٦٩ ، وابن قدامة : المغنى ، ٦٥٥ - ٦٥٩ : جـ ٢.

وأما المعقول – وهو أن استحقاق الفقير الهاشمى كان لجهة قرابة النبى ﷺ[1] ، لأنها سبب الكرامة ، وإنه موجود ههنا هـ .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن هذه الإضافة للاستحقاق – قلنا : لأن اللفظ موضوع له ، والمحل قابل .

قوله : الخمس يقسم على خمسة لا على ستة – قلنا : إنما يقسم على خمسة ، لأن السهم الذى هو حق الله فى الابتداء يصير حقا لهؤلاء ، بعلة الفقر والحاجة .

قوله : هذا يقتضى أن يكون كل الخمس لله أو بعضه . قلنا : عنه جوابان : أحدهما – يقتضى كل الخمس لله ، إلا أنه يثبت لهؤلاء من الله . والثانى – إن كان يقتضى كون بعضه لله ، ولكن هذا يقتضى أن لا يجوز صرف بعض الخمس إلى الغنى الهاشمى . وعندكم يجوز صرف كله إليه .

وأما الآية – قلنا : خص منه البعض ، فإن النبى ﷺ ما أعطى أبا بكر وعثمان وجبير بن مطعم[2] وهم كانوا قرشيين .

فنحن نخص الأغنياء ، لما مر – وهو الجواب عن الحديث . على أن الحديث يقتضى أن الاستحقاق بعلة الفقر ، لأنه يقتضى أنه حق الله .

(١ – ٢) فى بلوغ المرام ، رقم ٥٢٢ ص ٩١ : « وعن جبير بن مُطعِم رضى الله عنه قال : مشيت أنا وعثمان بن عفان إلى النبى ﷺ فقلنا : يارسول الله : أعطيت بنى المطلب من خمس خيبر وتركتنا ونحن وهم بمنزلة واحدة ، فقال رسول الله ﷺ : إنما بنو المطلب وبنو هاشم شىء واحد » رواه البخارى . وسبل السلام ، ٢ : رقم ٦٠٥ ص ٦٣٨ ص ٦٣٨ – ٩ وفيه : « واعلم أن بنى المطلب هم أولاد المطلب بن عبد مناف وجبير بن مطعم من أولاد نوفل بن عبد مناف وعثمان من أولاد عبد شمس بن عبد مناف – فبنو المطلب وبنو عبد شمس وبنو نوفل أولاد عم فى درجة واحدة فلذا قال عثمان وجبير بن مطعم للنبى ﷺ : إنهم وبنو المطلب بمنزلة واحدة لأن الكل أبناء عم » .

وفيه أيضا : « الحديث دليل على أن بنى المطلب يشاركون بنى هاشم فى سهم ذوى القربى ، وتحريم الزكاة أيضا دون من عداهم وإن كانوا فى النسب سواء ... » .

وأما الاستدلال - قلنا : القرابة سبب لاستحقاق الكرامة .

أما لم / قلتم بأنه سبب لاستحقاق هذه الكرامة - فلأنه[١] يحتمل أن السبب ١/٨٥ مجموع الفقر والقرابة ، فلا يكون أحدهما بانفراده سببا .

٩٦ ــ مسألة : الكفار إذا استولوا على أموال المسلمين وأحرزوها بدار الحرب ، ملكوها .

والوجه فيه - أن الاستيلاء من الكفار على مال المسلم بعد الإحراز بدار الحرب ، استيلاء على مال مباح بإباحة ثابتة بأصل الخلق ، فوجب أن يفيد الملك ، قياسا على استيلاء المسلم على مال الكافر .

وإنما قلنا ذلك لأن الأصل فى الأموال هو[٢] الإباحة ، إلا أن الشرع أثبت العصمة فى الأموال المملوكة ، متمما للمصلحة المطلوبة من الملك ، وهو الانتفاع ودفع الحاجة ، والعصمة بعد الإحراز بدار الحرب لم تكن متممة لهذه المصلحة ، لتعذر الوصول إلى الغرض غالبا ، فتعود الإباحة الأصلية ، فيفيد الملك للحاجة .

فإن قيل : قولكم بأن استيلاء الكافر استيلاء على مال مباح - قلنا : استيلاء مباح أو محظور ؟ ع م - فلم قلتم بأن الاستيلاء المحظور سبب الملك ؟ .

ولئن سلمنا أنه استيلاء مباح ، ولكن لم قلتم بأنه على مال مباح ، بل هو مال معصوم فى دار الإسلام بالإجماع ، والاستيلاء ورد عليه ؟ .

قوله : تعذر[٣] الوصول إليه - قلنا : قولا أم فعلا ؟ ع م - فلم قلتم بأن هذا القدر لا يكفى للعصمة ؟ .

---

(١) فى الأصل : « ولأنه » .

(٢) « هو » وردت فى الهامش مع علامة نقص على موضعها هذا .

(٣) فى الأصل كذا : « تعد » وفيما بعد قال : « تعذر » .

ولئن سلمنا أنه عادت الإباحة ، ولكن لم قلتم بأنه يملكه الكافر ؟ .

قوله : بأنه محتاج إليه لمصالح البقاء - قلنا : الملك شرع لمصلحة البقاء فى حق من هو جائز الإبقاء أم فى حق من هو واجب الإقناء(١) ؟ م ع - ولكن الكافر واجب الإقناء(٢) فلا يثبت فى حقه ، لأن الظاهر من حال الكافر أنه لا يجرى على موجب التكليف ، فلا يقتضى الملك فى حقه ، بخلاف المسلم ، إلا أنا عدلنا عن هذه القضية فيما سواه من أموالهم بالإجماع .

الجواب :

قوله : بأن هذا الاستيلاء مباح أو محظور ؟ قلنا : مباح فى نفسه لكونه سببا لإقامة المصالح ، إلا أنه / محظور لغيره لما ذكرنا . وكونه محظورا لغيره لا يمنع كونه سببا للملك كالبيع وقت النداء .

٢/٨٥

قوله : لم قلتم بأن هذا استيلاء على مال مباح ؟ قلنا : لما ذكرنا أن الأصل فى الأموال هو الإباحة .

قوله : تعذر الوصول إليها قولا أم فعلا [أم] قولا وفعلا - أما فعلا فظاهر . وأما قولا فلأن التصرفات القولية تحتاج إلى التسليم ، وهو لا يقدر عليه .

وأما الإعتاق - [فـ] لأن غرضه هو الثواب ، وذلك بالمشقة والحاجة والقدرة على الانتفاع ولم يوجد .

قوله(٣) : الملك يثبت فى حق من هو واجب الإقناء أو واجب البقاء - قلنا : مطلقاً لما ذكرنا .

(١ و ٢) كذا فى الأصل ، « الإقنا » - وفى مختار الصحاح والمعجم الوسيط : قنا الغنم وغيرها إذا اقتناها لنفسه لا للتجارة واقتناء المال وغيره اتخاذه وأقناه الله أى أعطاه ما يقتنى من القنية والنَّشَب . ويقال : أغناه الله وأقناه أى أعطاه ما يسكن إليه . وفى القرآن الكريم : ﴿ وأنه هو أغنى وأقنى ﴾ - النجم : ٤٨ أى أغنى من شاء وأفقر من شاء - قال الأخفش وابن كيسان : أقنى أفقر . وقيل معنى أقنى أعطى القنية وهى ما يتأثل من الأموال وقيل معنى أقنى أرضى بما أعطى - راجع : الشوكانى ، فتح القدير ، ٥ : ١١٦ - ١١٧ .

(٣) لعلها : « وقوله » .

قوله : الكافر واجب الإقناء – قلنا : لا نسلم ، بل الإمام مخير بين القتل والإرقاق ، وإن كان واجب الإقناء ، ولكن لغيره ، وهو دفع الشر لا لعينه ، فلا يبقى كونه أهلا للملك .

قوله : الظاهر من حال الكافر أنه لا يجرى على موجب التكليف – قلنا : لا يثبت الملك لتحقق الجرى على موجب التكليف ، بل التمكين من ذلك ، وإنه ثابت ههنا كما فى حق العاصى الفاسق .

٩٧ ــ **مسألة** : الحربى إذا أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر إلينا ، فقتله مسلم أو ذمى ، لا يجب عليه الدية .

والوجه فيه – قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾(١) – الله تعالى ميز بين المؤمن المطلق وبين المؤمن الذى من قوم عدو لنا فى حق الحكم المختص بالقتل ، لأنه أوجب فى المؤمن المطلق الدية والكفارة جميعا ، وفى المؤمن الذى هو من قوم عدو لنا الكفارة دون الدية ، فعلم أنه ميز بينهما فى حكم القتل . وإنما يقع التمييز بينهما أن لو كان الواجب بقتل المؤمن الذى هو من قوم عدو لنا الكفارة دون الدية .

فإن قيل : لا نسلم بأن المراد بالمؤمن الذى هو من قوم عدو لنا المذكور فى الآية ما تنازعنا فيه .

ولئن سلمنا أن الآية تناولته ، ولكن لم قلتم بأن المقصود التمييز بينهما فى حق هذا القتل ، / بل المقصود التمييز بينهما فى حكم القتل العمد ، فإنه يوجب الكفارة دون الدية .

١/٨٦

---

(١) راجع الهامش ٢ ص ١٩١ – النساء : ٩٢ وهى و ٩٣ : ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليما حكيما ۝ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما ﴾ .

ولئن سلمنا أن المقصود التمييز ، ولكن فى جميع الأحوال أم فى بعضها ؟ ع م . وعندنا تجب الكفارة دون الدية فى حالة واحدة ، وهو ما إذا رمى[١] إلى الكافر فى حالة القتل فأصاب هذا المؤمن ولا كلام فيه .

ولئن سلمنا أن النص ينفى الدية ولكن يجوز إثباتها بالحديث ، وهو قوله عليه السلام : « فى النفس الدية مائة من الإبل »[٢] .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن المراد من النص هذا المؤمن ؟ - قلنا : نقل عن أئمة التفسير أنهم قالوا : المراد منه هذا المؤمن .

قوله : لم قلتم بأن المقصود من الآية التمييز بينهما فى حق هذا القتل - قلنا : المقصود التمييز فى القتل الواقع بصفة الخطأ ، لأن المذكور فى صدر الآية هو القتل الخطأ ، فيكون هذا منصرفا إليه .

قوله : المراد التمييز فى جميع الأحوال أم فى بعضها ؟ قلنا : فى مطلق الأحوال ، لأن النص مطلق .

وأما الحديث - قلنا : سيق لبيان حكم الدية حيث تجب ، لا للإيجاب ، وإن كان للإيجاب لكنه عام يتناول كل مؤمن ، وما ذكرنا خاص ، والخاص يقضى على العام .

٩٨ ــ **مسألة** : العبد الآبق إلى دار الحرب إذا أخذه الكفار لا يملكونه .

والوجه فيه - أنه لم يوجد الاستيلاء على العبد ، فلا يُملك .

---

(١) رمى الشيءَ وبه رماية ألقاه وقذفه ورمى الصيدَ رَمْيا ورَمْية أطلق عليه ما يصيده به - المعجم الوسيط .

(٢) من حديث طويل رقم ١٠٠٦ ص ١٨٢ - ١٨٣ من بلوغ المرام فى القتل العمد . وفى الخطأ رقم ١٠٠٧ ص ١٨٣ . وباب الديات عموما فيه أرقام ١٠٠٦ - ١٠١٦ ص ١٨٢ - ١٨٥ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ١١٠٢ حتى ١١١٣ ص ١٢٠٥ - ١٢٢١ .

وإنما قلنا ذلك - لأن العبد بالإباق صار بحالة يقدر على التصرف فى نفسه وصرف منافعها إلى مصلحته ، لانقطاع قدرة المولى عنه ، لأن الأصل أن يكون المكلف بسبيل من صرف المنافع فى مصلحة نفسه ، إلا أنه امتنع لقيام يد المولى . فإذا زال المانع[١] عاد إلى الأصل . وإذا صار العبد قادرا على نفسه لا تثبت القدرة للغير عليه ، كما فى الحر .

فإن قيل : قولكم بأنه لم يوجد الاستيلاء - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأنه متى دخل دار/ الحرب . وأخذه الكفار صاروا غالبين عليه ، بحيث يمكنهم تنفيذ أمرهم ونهيهم فيه . وبهذا القدر يثبت ملك المسلم فيه ، فيثبت ملك الكافر . ٢/٨٦

ولئن سلمنا أنه لم يوجد الاستيلاء - لكن لم قلتم بأنه لا يُملك ؟ .

قوله : بأن العبد بالإباق صار قادرا على نفسه - قلنا : لا نسلم .

قوله : لأنه زال المانع ، وهو قيام يد المولى - قلنا : لا نسلم بأن المانع قيام يد المولى ، بل المانع قيام حق المولى فى الملك لا يده ، بدليل أن العبد الآبق المتردد[٢] فى دار الإسلام يُملك بالاستيلاء ، ولئن زالت يدَ المولى ، فكذلك يتحقق الغصب فيه ، فعلم أن المانع قيام ملك المولى .

ولئن سلمنا أنه زالت يد المولى ، ولكن إلى خلف ، وهو يد أهل الحرب ، فلا يظهر يد للعبد الآبق على نفسه ، فلا يمنع الاستيلاء والتملك .

ولئن سلمنا أنه ظهرت يد العبد على نفسه ، ولكن نيابة عن[٣] المولى لا أصالة ، فلم تكن مانعة يد المولى كالمودع .

---

(١) فى الأصل : « المنافع » . وسيأتى فى الجواب : « المانع وهو قيام يد المولى ... » .

(٢) تردد رجع مرة بعد أخرى وتردد إلى مجالس العلم اختلف إليها - المعجم الوسيط .

(٣) فى الأصل « على » . وفى المعجم الوسيط : ناب عنه نيابة قام مقامه فهو نائب . وسيأتى فى الجواب : « .. ظهرت نيابة عن يد المولى » .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأنه لم يوجد الاستيلاء ؟ قلنا : لما ذكرنا أن العبد صار قادرا على نفسه كالحر ، فلا يستولى عليه ، واستيلاؤهم لم يكن عن إذن الشارع ، فلا يعتبر ، بخلاف المسلم إذا استولى على عبيدهم .

قوله : بأن المانع ليس يد المولى بل المانع ملك المولى – قلنا : هذا باطل ، لأن ملك المولى لا يثبت إلا بالاستيلاء عليه – على ما مر . واستيلاء المولى عليه لا يتحقق إلا بعد سقوط اعتبار يد العبد ، بخلاف المتردد[١] فى دار الإسلام ، فإنه فى يد مولاه ، لأن اليد عبارة عن الاقتدار على المحل ، تصرفا ، وإنه قائم بواسطة الطلب والاستعانة بأهل الدار ، وإنما يتحقق الغصب فى دار الإسلام لأن الشرع أقام تفويت حقيقة اليد والانتفاع فى الحال مقام تفويت اليد مطلقا فى حق الضمان صيانة للأموال وزجرا للسفهاء عنه .

١/٨٧ قوله : زالت يد المولى إلى خلف ، وهو قيام يد الكفار – قلنا عنه جوابان : / .

أحدهما – أن بين دار الإسلام ودار الحرب فاصل ، لأن بينهما موضعا لا يجرى فيه حكم دار الإسلام ولا دار الحرب ، فظهر فيه يد العبد على نفسه .

والثانى – أن العبد إذا انفصل عن دار الإسلام ظهرت يده على نفسه أو يد غيره ، ويده أولى من يد غيره ، لأنه بقاء وذاك ابتداء .

قوله : يد العبد على نفسه ظهرت نيابة عن يد المولى – قلنا : لا ، بل أصالة ، لأنه غالب والظاهر أنه لا يعود ، بخلاف المأذون والمودع – على ما مر .

٩٩ ــ **مسألة** : الغازى إذا جاوز الدرب[٢] فارساً ، فنفقت فرسه وقاتل راجلا ، يستحق سهم الفرسان . ولو كان على العكس فعلى العكس .

---

(١) راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ٢٤٣ .

(٢) الدرب المضيق فى الجبال والمدخل الضيق وكل مدخل إلى بلاد الروم وكل طريق يؤدى إلى ظاهر البلد وباب السكة الواسع – وأدرب فى الغزو جاوز الدرب إلى العدو – المعجم الوسيط .

والوجه فيه - أن سبب استحقاق الغنائم وجد ، وهو فارس ، فيستحق سهم الفرسان ، قياسا على ما إذا قاتل فارسا .

وإنما قلنا ذلك - لأن سبب الاستحقاق مجاوزة الدرب ، لأن السبب فى الحقيقة هو القتال والاستيلاء ، إلا أن الإمام لا يمكنه الوقوف على حقيقة القتال فى تلك الحالة ، فلا يمكن تعليق الحكم بالحقيقة ، فتعلق بالسبب ، ومجاوزة الدرب سبب ظاهر دال على القتال ، لأن الكلام فيما إذا جاوز متهيئا للقتال .

فإن قيل بأن الإمام لا يمكنه الوقوف على حقيقة القتال - قلنا : لا نسلم ، بل يقف عليه بإخبار الغير .

دل عليه - أنه لو جاوز الدرب راجلا ، ثم اشترى فرسا ، وقاتل فارسا يستحق سهم الفرسان بالإجماع ، فلو تعلق الحكم بالسبب وهو مجاوزة الدرب ، لاستحق(١) سهم الرجالة .

ولئن سلمنا أنه تعذر تعليق الحكم بالحقيقة ، فلم قلتم بأن مجاوزة الدرب سبب ظاهر ، بل محتمل ، لأنه يجاوز الدرب للحرب ويجاوز [٥] للتجارة ، وإن كان مستصحبا للأسلحة لخوف اللصوص .

ولئن سلمنا أنه سبب ظاهر(٢) ، ولكن إنما يقام مقامه إذا كان متصورا ، ولا يتصور ، لأن وجود القتال بدون / شهود الوقعة(٣) والتقاء الصفين محال ، فلا تقام المجاورة مقامه . ٢/٨٧

ولئن سلمنا أنه أمكن تعليق الحكم به ، ولكن إنما تعلق به إذا لم يكن ههنا سبب آخر ، وقد وجد سبب آخر أقرب ، وهو شهود الوقعة فكان أولى ، وصار كما إذا جاوز

---

(١) كذا - فى الظاهر - صحة العبارة . وقد تكون فى الأصل : « لا يستحق » .

(٢) فى الأصل : « طاهر » .

(٣) وَقَع بالعدو وَقْعا ووقعةً بالغ فى قتالهم - ومواقع القتال مواضعه.والواقعة اسم من الوقعة بالحرب - المعجم الوسيط .

الدرب فارسا ثم باع فرسه وشهد الوقعة راجلا : يستحق سهم الرجالة - كذا هذا .

الجواب :

قولكم : قلتم بأن الإمام لا يمكنه الوقوف - قلنا : لأنه لو وقف عليه إما أن يقف بنفسه أو بنائبه . لا وجه للأول - لأنه مشغول بأمر المبارزة والمحاربة . ولا وجه للثانى - لأن المخبر قد يتهم فى إخباره .

وأما المسألة - قلنا : فى ظاهر الرواية ، يستحق سهم الرجالة .

ولئن سلمنا ذلك فلأنه إنما يستحق سهم الفرسان إذا علم حقيقة أنه قاتل فارسا .

قوله : لم قلتم بأن مجاوزة الدرب سبب ظاهر - قلنا : لأن الكلام فيما إذا وجد [ت] القرائن الدالة على القصد ، فيوجد القتال ظاهرا وغالبا .

قوله : إنما يقام مقامه إذا كان متصورا ولا يوجد القتال بدون شهود الوقعة - قلنا : نعم : وشرط إقامة السبب مقام الحكم عدم ثبوته حقيقة - على ما عرف .

قوله : بأن ههنا سبب آخر أقرب من المجاوزة ، وهو شهود الوقعة - قلنا : عنه جوابان .

أحدهما - أنه لا يمكن أيضا تعليق الحكم به ، لأنه حال التقاء الصفين والاشتغال بالحرب(١) .

والثانى - أنه لا تنافى بينهما ، فتعلق الحكم بهما جميعا ، لأن كل واحد منهما دليل .

وأما المسألة - فممنوعة . ولئن سلمنا ، فلأنه لما باع الفرس ، علم أنه جاوز الدرب تاجرا هـ .

---

(١) « بالحرب » كلمة غير ظاهرة فى المتن فهى هكذا « كرب » .

١٠٠ ــ **مسألة** : المرتدة لا يباح قتلها .

والوجه فيه – أن كفر المرتدة لا يساوى كفر المرتد ، فى كونه جناية وقبيحا ، فلا يساويه فى استحقاق القتل ، قياسا على الكافرة الأصلية .

وإنما قلنا ذلك – لأن كفر المرتد جناية من حيث إنه إنكار الصانع وإحباط العمل ، ومن حيث إنه يؤدى الشر إلى[١] المسلمين ، ويوجه / الحرب نحوهم لقيام الداعى والقدرة ، ولا كذلك المرتدة لانتفاء القدرة غالبا ، فلا يفضى كفرها إلى الحراب[٢] ، فلا يباح قتلها .

١/٨٨

فإن قيل : قولكم بأن كفر المرتد يفضى إلى الحراب وكفرها لا يفضى – قلنا : الموجب لقبح الكفر ذاته ، لمعنى فيه – وكونه مفضيا إلى الحراب يتعلق إختيار الفاعل ، فلا يوجب القبح فى ذاته ، وفيما ذكرناه يستوى الرجل والمرأة .

ولئن سلمنا أن الحراب يؤثر فى قبحه ، ولكن [هل] الشرط كونه مفضيا إلى الحراب من جهته لا محالة أم فى الجملة بأن توجه الشر[٣] بواسطة إقامة مصالح الرجال ؟ ع م – ولكنها تهىء أسباب قتالهم ، فتقتل ، كالحربية إذا كانت ذات رأى أو جاه .

ولئن سلمنا أن الشرط كونه مفضيا إلى الحراب منه ، ولكن غالبا أم محتملا ؟ ع م – وهذا لأن احتمال الحرب منها قائم للآلات السليمة وإن كان قليل الوقوع ، ولكنه يكفى لوجوب القتل ، كما قلنا فى الأسير .

ولئن سلمنا أن كفرها لا يساوى كفره ، ولكن لم لا يحل قتلها ؟ وبطلانه ظاهر ، لأن القبح هو نفس الكفر ، وفيه يستوى الرجل والمرأة ، ولأنها ارتدت بعد ما اطلعت

---

(١) فى الأصل كذا : « يؤدى إلى الشر إلى المسلمين » . وفى المعجم الوسيط : أدى الشيءَ قام به وأدى الصلاة قام بها لوقتها وأدى الشهادة أدلى بها وأدى إليه الشيءَ أوصله إليه .

(٢) حَارَبه محاربة وحِرابا : قاتله – المعجم الوسيط .

(٣) كذا : « الشر » – راجع الهامش قبل السابق .

على محاسن الإسلام ، فيكون كفرها أقبح من كفر الحربية ، ولكن كفرها سبب لكفر أولادها ، فصار أقبح .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام : « من بدل دينه فاقتلوه »(١) .

الجواب :

قوله : الموجب لقبح الكفر ذاته ، لا كونه مفضيا إلى الحراب – قلنا : بلى ، ولكن كونه بحال إذا وجد يوجد هذا الحراب ، ظاهرا وغالبا ، يؤثر فى زيادة القبح .

قوله : المؤثر [كونه]مفضيا فى الحال أم فى الجملة ؟ – قلنا : كفر المرأة لا يفضى إلى الحراب ظاهرا ، لا من جهتها ولا من جهة غيرها : أما من جهتها فلضعفها . وأما من جهة غيرها فلأن الظاهر أن الرجال لا يتبعون النساء فى الحروب ولا يطيعونهن ، حتى لو كانت ذات جاه وتَبْع(٢) تقتل .

٢/٨٨ قوله : الشرط كونه مفضيا غالبا أم محتملا ؟ – قلنا : غالبا / نظرا إلى دليله ، وهو الكفر وقصد اللحوق والبنية(٣) الصالحة . وقد وجد [ت] ، هذه الأوصاف فى الأسير دون المرأة .

قوله : لا يحل قتلها ، وإن لم يكن مفضيا – قلنا : لأن الدليل يقتضى حرمة القتل ، إلا(٤) لما ذكرنا .

وأما قوله : اطلعت على محاسن الإسلام – قلنا : إنما تطلع إذا خالطت الرجال ، والظاهر أنها لا تخالط الرجال .

---

(١) عن ابن عباس – بلوغ المرام ، رقم ١٠٢٩ ، ص ١٨٧ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ١١٢٦ ص ١٢٤٠ – ١٢٤١ .

(٢) التبْع التابع . وهو تِبْع نساء إذا أكثر من تتبعهن والجمع أتباع . والتَبَع التابع للواحد والجمع . والجمع أتباع – المعجم الوسيط .

(٣) كلمة غير منقوطة . ولعلها كذلك بعد نقطها من عندنا .

(٤) « إلا » غير ظاهرة .

وأما كفر أولادها – قلنا : هذا مجرد وهم ، وليس كل قبح مؤثرا فى استحقاق القتل ، بل ما اعتبره الشرع موجبا .

وأما الحديث – قلنا : لا يمكن العمل بعمومه ، لأن اليهودى إذا تنصر والنصرانى إذا تهوَّد ، لا يقتل مع تبديل الدين ، فنحمله على الرجال ، عملا بقدر الإمكان .

والله أعلم .

١٠١ ــ **مسألة** : الجزية تسقط بالموت والإسلام .

والوجه فيه – أن الجزية مال اختص وجوبه بوصف كونه دافعا للشر عن الذمى ، وبعد الموت والإسلام لا يمكن استيفاؤه بهذا الوصف ، فوجب أن يسقط .

وإنما قلنا ذلك – لأن الجزية تصلح دافعة للشر عن الذمى ، والذمى يحتاج إلى دفع الشر عن نفسه ، والشرع قد ورد به . هذا المعنى منتف بعد الموت والإسلام ، فتسقط ، لأن الدليل ينفى ذلك ، لكونه إضرارا ، إلا أنا خالفناه فيما كان دافعا للشر عنه .

فإن قيل : قولكم بأنه وجب دافعاً للشر – قلنا : لا نسلم بأنه توجه الشر نحوهم .

ولئن سلمنا أنه توجه الشر نحوهم ، ولكن المسلمين يدفعونه ، فيندفع عنهم .

ولئن سلمنا أن المسلمين لا يدفعونه ، ولكنهم يقدرون على دفعه بأنفسهم بواسطة القتال ، دون بذل المال أو بالاستعانة .

والدليل على أن الجزية لم تجب لما ذكرتم – أن الجزية تختلف باليسار والإعسار مع [أن] حاجة الكل إلى دفع الشر واحدة ، ولأن الإمام إذا استعان بأهل الذمة سنة فى **القتال لا يسقط / عنهم الجزية ، ولو وجبت لِما ذكرتم لسقطت ، فعلم أنها لم تجب لما** ذكرتم ، بل بعقد الذمة أو بدلا عن سكنى دار الإسلام ، فتصير دينا فى الذمة ، فلا تسقط ، كسائر الديون .

١/٨٩

ولئن وجبت لما ذكرتم ، ولكن حصل غرضهم فيما مضى ، فتجب فى ذمتهم .

ولئن سلمنا أنها سقطت ، ولكن لم قلتم بأنه لا يجب الضمان ، وظاهر أنه يجب ، لأنه منع الحق فى أول السنة ، فصار كما إذا أتلف الجزية .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأنه توجه الشر نحوهم ؟ - قلنا : لأن الأمارة قامت عليه ، وهى وجود الداعى والقدرة ، بسبب معاداة الدين .

قوله : المسلمون يدفعونه - قلنا : الظاهر أن أهل الإسلام لا يذبون[١] عنهم بدون الإعانة .

قوله : بأنه يدفعون عن أنفسهم - قلنا : لا يمكنهم لقلة عددهم وعدتهم[٢] ، وعجزهم إنما يختلف باليسار والإعسار ، لاختلاف المُكْنَة[٣] .

وأما قوله بأن الإمام لو استعان بهم لا تسقط الجزية - قلنا : ليس للإمام ذلك ، ولو فعل لا يبتنى عليه حكم ، لأنه بخلاف الشرع ، ولم يجب بالسكنى ، لأنـ [ـه] يسكن ملك نفسه بالشراء ، فلا يجب عليه بدله .

قوله : حصل غرضهم فيما مضى - قلنا : الوجه فى أخذ الجزية ليس أنه وجب عوضا عن الدفع الحاصل من المسلمين ، بل وجب لينفقها المسلمون على أنفسهم ويشترون بها الدواب والأسلحة ويقاتلون بها الكفار الحربيين ، فيدفعون الشر عن أهل الذمة ، وهذا لا يتصور فى الماضى .

قوله : لِمَ لا يجب الضمان - قلنا : لأن الضمان إنما يجب بعد وجوب الأصل ، وقد بينا أنه لم يجب ، فلا يجب الضمان .

---

(١) ذب عنه : دفع عنه ومنع - المعجم الوسيط .

(٢) فى الأصل كذا : « وعددهم » .

(٣) المُكْنَة : القدرة والاستطاعة والقوة والشدة - المعجم الوسيط .

١٠٢ ــ **مسألة** : أمان العبد المحجور عن القتال لا يصح ، خلافا له .

والوجه فيه – أن أمان[١] العبد تصرف فى ملك المولى ، على وجه لا يعرى عن الضرر به ، فوجب أن لا يصح إلا برضاه ، قياسا / على ما إذا تصرف فى ماله بغير إذنه .

٨٩/أ

وإنما قلنا ذلك – لأن المولى قبل القتال كان متمكنا من الانتفاع بعبده ، باستعماله فى القتال ، ليحصل له ملك الغنائم ودفع شر الكفار ، وبصحة الأمان يحرم عليه القتال والاستغنام .

فإن قيل : قولكم بأن أمان العبد تصرف فى ملك المولى على وجه لا يعرى عن الضرر به – قلنا : لا نسلم .

قوله : بأن فيه منع المولى عن الانتفاع بملكه – قلنا : لا نسلم . وبطلانه ظاهر ، لأنه إنما يكون ممنوعا عن الانتفاع به ، أن لو كان بحال يتمكن من الانتفاع لولا الأمان ، ولا يتمكن ، لأن الكلام فى حال ظهور قوة الكفر وعجز المسلمين وضعفهم .

ولئن سلمنا أن المنع من الانتفاع إضرار بالمولى ، ولكن متى لا يجوز : إذا قابله نفع يوازيه أم إذا لم يقابله ؟ ع م ، وقد قابله نفع ، وهو دفع شر الكفار عن المولى .

ولئن سلمنا أنه ضرر ، ولكن حصل ضمنا لا قصدا ، فلا يجب دفعه .

ولئن سلمنا أنه تصرف فى ملك المولى ، ولكن إذا ظهر أنه مصلحة وجب أن يصح ، كالعبد المحجور إذا قاتل بصح قتاله ، حتى يستحق الغنيمة بالإجماع .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام : « المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ، وهم يد على من سواهم »[٢] .

---

(١) فى الأصل كذا : « أما » بدون النون – انظر العبارة السابقة واللاحقة .

(٢) راجع : بلوغ المرام ، رقم ٩٩٥ ، ص ١٨٠ . وسبل السلام ، رقم ١٠٩٠ ص ١١٨٨ – ١١٩٠ ، من الجزء الثالث .

الجواب :

قوله : إنما يكون منعا من الانتفاع إذا كان المولى قادرا على الانتفاع - قلنا : الجواب[1] عنه من وجهين .

أحدهما - أن القدرة كانت ثابتة ، فلا تزول بالشك والاحتمال .

والثانى - أن القدرة فى ثانى الحال قائمـ [ـة] ، فكان الأمان سد باب الانتفاع بملكه ، على تقدير القدرة ، وإنه ضرر .

قوله : قابله نفع وهو دفع شر الكفار عن المولى - قلنا : عنه جوابان : أحدهما - أنه محتمل واجتهاد العبد مغلوب باجتهاد غيره . والثانى - إن كان فيه مصلحة ، ولكن يمكن تحصيله بدون هذا الضرر ، بأن يقدم المولى عليه .

١/٩٠ قوله : حصل قصدا أم ضمنا ؟ - قلنا : حصل قصدا لأنه أثر / أثر ملازم للأمان .

قوله : إذا ظهر أنه مصلحة وجب أن يصح - قلنا : لما حكمنا ببطلانه ، لا يترتب عليه الحكم ، بخلاف القتال ، لأن فيه نفعا ، فيحكم بصحته ، تحصيلا للنفع .

وأما الحديث - قلنا : المراد من قوله : « أدناهم » أى أقربهم ، من الدنو ، لا من الدناءة ، لأنه قال فى مقابلته أقصاهم أى أبعدهم[2] .

والله أعلم .

---

(١) فى الأصل كذا : « الا اب » - انظر ما يلى بعد سطور حيث يقول : « .. عنه جوابان » .

(٢) فى الحديث - كما تقدم - « وهم يد على من سواهم » : « أى هم مجتمعون على أعدائهم لا يحل لهم التخاذل بل يعين بعضهم بعضا على جميع من عاداهم من أهل الملل كأنه جعل أيديهم يدا واحدة وفعلهم فعلا واحدا » سبل السلام ، ٣ : رقم ١٠٩٠ ص ١١٩٠ .

١٠٣ ــ **مسألة** : إسلام الصبى العاقل يصح .

والمراد بالصحة ترتيب أحكام الإسلام عليه ، نحو الإرث من أقاربه المسلمين والحرمان من أقاربه المشركين وحرمة النكاح وحله وعصمة الأموال وغيرها .

والوجه فيه – أن الإسلام وجد منه حقيقة ، فيجب القضاء بترتيب أحكامه عليه ، قياسا على إسلام البالغ .

وإنما قلنا ذلك – لأن الإسلام هو الإقرار بوحدانية الله تعالى وصفاته ورسالاته والاعتقاد بالقلب . إلا أن الاعتقاد أمر باطن لا يمكن الوقوف عليه إلا بدليل ، وقد وجد الدليل ، وهو الإقرار باللسان عن عاقل طائع ، لأن الكلام فيه .

فإن قيل : قولكم بأن الإسلام هو الإقرار – قلنا : نعم ، ولكن بصفة كونه استسلاما وانقيادا للشرع ، لأن الإسلام فى اللغة بمعنى الاستسلام ، ولأنه ليس بأهل للوجوب ، فلا يكون الإقرار واجبا عليه ، فلا يكون إسلاما .

ولئن سلمنا أن الإسلام هو الإقرار ، ولكن لم قلتم بأنه وجد منه ؟ وهذا لأن الصبى ليس بأهل لسائر الأقارير وللالتزام ، فلا يكون أهلا لهذا .

ولئن سلمنا أنه وجد منه الإقرار ، ولكن لم قلتم بأنه وجد الاعتقاد ؟ .

قوله : وجد دليله ، وهو الإقرار الصادر عن عقل – قلنا : لا نسلم وجود العقل من الصبى . والدليل على عدم العقل عدم التكليف ، إلا أنه يسمى عاقلا مجازا .

ولئن سلمنا أنه عاقل ، ولكن عقله كامل أم ناقص ؟ ع م – وهذا لأن عقل الصبى أنقص من عقل البالغ ، فلا يكفى لصحة الإسلام ، لأن / الإسلام من أدق العلوم . ٢/٩٠

الجواب :

قوله : الإسلام هو الاستسلام والانقياد – قلنا : نعم ، وقد وجد منه الإسلام بهذا المعنى .

قوله : بأنه ليس بواجب – قلنا : عنه جوابان : أحدهما – أنه واجب عليه ، إلا أنه لا يأثم بالترك لضعفه ، نظرا له . والثانى – أن الوجوب [1] إن لم يكن ثابتا ، ولكنه مأمور بالإتيان بطريق الندب والاستحباب ، وهذا القدر يكفى لصحة[2] الإسلام .

قوله : لم قلتم بأنه وجد منه الإقرار ؟ قلنا : لأن الكلام فيما إذا أتى بصيغة الإقرار ، إلا أنه لا يلزمه الأحكام الضارة نظرا له فى سائر الأقارير ، أما ههنا بخلافه .

قوله : لم قلتم بأنه وجد العقل من الصبى – قلنا : لأنه وجد الدليل ، وهو الأفعال المضبوطة والأقوال الموافقة ، لأن الكلام فيه .

قوله : بأن عقله ناقص – قلنا : وإن كان ناقصا بالنسبة ، ولكنه يكفى لصحة الإسلام ، بدليل إسلام النساء مع قصور عقلهن ، فإن يصح بالإجماع هـ .

---

(١) فى الأصل الظاهر أنها كانت « الواجب » ثم جعلت « الوجوب » مع عدم حذف الألف بين الواو والجيم وعلى كل فالمعنى لا يختلف .

(٢) فى الأصل كذا : « لصلحه » انظر ما يلى بعد سطور .

[١١]

كتـــاب الغصـــب

١٠٤ - [**مسألة**] : **زوائد الغصب أمانة : متصلة كانت كالسمن والجمال ، أو** منفصلة كاللبن والولد .

والوجه فيه - أن وجوب الضمان موقوف على الالتزام أو الاستهلاك ، ولم يوجدا ، فلا يجب الضمان ، قياسا على الوديعة .

وإنما قلنا ذلك - لأن الدليل ينفى إيجاب الضمان لكونه إضرارا ، إلا أنا توافقنا على شرعه فيما إذا وجد الالتزام أو الاستهلاك ، وفيما عداه ينتفى بالنافى .

وإنما قلنا : إنه لم يوجد الالتزام ، لأنه نص على أنه لم يلتزم . وأما الاستهلاك ، فلأن الاستهلاك إعجاز المالك عن الانتفاع به ، ولم يوجد ، لأن الإعجاز يقتضى سابقة القدرة على الانتفاع ، والولد لم يكن مقدور الانتفاع فى حقه ، فلا يتصور الإعجاز ، فصح ما قلنا .

فإن قيل : قولكم بأن وجوب الضمان موقوف على الالتزام والاستهلاك - قلنا : لا نسلم . بل وجوب الضمان موقوف على الغصب ، وقد وجد ، لأن الغصب إثبات اليد العادية / على مال الغير ، وإنه موجود ، فيجب الضمان .

ولئن سلمنا أن وجوب الضمان موقوف على الالتزام ، ولكن لم قلتم بأنه لم يوجد ؟ وهذا لأن الضمان كما يجب بصريح الالتزام ، يجب بدليله ، وقد وجد ، لأنه باشر سبب الالتزام ، وهو غصب الأصل .

ولئن سلمنا أنه لم [يوجد] الالتزام ، ولكن لم قلتم إنه لم يوجد الاستهلاك ؟ .

قوله : الاستهلاك إعجاز المالك - قلنا : لا نسلم ، بل هو المنع من حدوث القدرة فى المستقبل من الزمان ، وإنه موجود ههنا .

والدليل على صحته[١] ما قلنا : إن سبب وجوب الضمان فى سائر صور الغصب ، على اختلاف أسبابها ، هو منع حدوث إمكان المالك من الانتفاع بالمحل فى المستقبل ، بدليل أن غاصب الغاصب ومودع الغاصب ضامن ، وإن لم يوجِد الإعجاز[٢] .

ولئن سلمنا أنه لم يوجد الالتزام ولا الاستهلاك ، ولكن لا يجب ضمان الولد بطريق الأصالة أم بطريق التبعية ؟ م ع - وهذا لأن الولد مضمون تبعا للأم ، وإن لم يوجد فيه سبب الضمان ، لأن المضمونية صفة الأم ، والولد يتبع الأم فى الأوصاف الشرعية ، وصار كما إذا أخرج ظبية من الحرم ، فولدت فى يده أولادا ، يجب عليه ضمان الأولاد .

الجواب :

قوله : بأن الغصب إثبات اليد العادية على مال الغير - قلنا : الغصب ليس مجرد إثبات اليد ، بل هو إثبات اليد على وجه يزيل يد المالك ، ولم يوجد ههنا ، لأن يد المالك لم تكن قائمة على الولد .

قوله : لم قلتم بأنه لم يوجد الالتزام ؟ - قلنا : لما ذكرنا .

قوله : باشر سبب الضمان - قلنا : لا نسلم - بيانه : أن مطلق الغصب ليس بسبب لوجوب الضمان ، بل وجوب الضمان موقوف على إزالة اليد ، على ما مر .

قوله : لم قلتم بأنه لم يوجد الاستهلاك - قلنا : لأنه لم يوجد الإعجاز .

قوله : السبب هو المنع من حدوث القدرة - قلنا : المقتضى لوجوب الضمان هو المنع من حدوث القدرة فى المستقبل من الزمان ، إذا كانت القدرة فى المستقبل غالبة الوجود ، لولا فعله ، وإنما يكون كذلك إذا / كان ثابتا فى الحال ، لأن الأصل فى الثابت دوامه وفى المعدوم عدمه - دل عليه أن من قطع شجرة إنسان لا يجب عليه ضمان الثمرات ، لما ذكرنا - كذا هذا .

٢/٩١

---

(١) فى الأصل قد تكون : « صحته » أو « صحة » .

(٢) لعل المقصود : وإن لم يوجِد الإعجاز - أو : لم يوجَد الإعجاز منه ، أى من أيهما - انظر : الجواب فى ذلك .

أما غاصب الغاصب ومودع الغاصب - قلنا : وجد ثمة تفويت إمكان المالك ، لأن المالك كان بسبيل من الأخذ من الغاصب الأول ، فالغاصب الثانى فوت عليه هذا الإمكان ، فألحقناه بتفويت اليد فى حق وجوب الضمان - أما ههنا بخلافه .

قوله : لا يجب الضمان بطريق الأصالة أم بطريق التبعية ؟ - قلنا : هذه معارضة .

قوله : المضمونية صفة شرعية فى الأم ، فيسرى إلى الولد - قلنا : لا نسلم . بيانه - أن المضمونية صفة فى الذمة لا فى المحل ، وإنما نقول للعين : هى مضمونة ، لأنه وجد بإهلاكها سبب الضمان ، والإهلاك صفة حقيقية ، والولد لا يتبع الأم فى الأوصاف الحقيقية ، بخلاف ظبية الحرم ، لأن أمنها فى الحرم صفه شرعية ، فجاز أن تسرى إلى الولد .

١٠٥ ــ **مسألة** : الزوائد المتصلة لا تضمن بالبيع والتسليم .

وصورة المسألة - إذا غصب جارية قيمتها ألف درهم ، فازدادت فى يده سمنا أو جمالا حتى صارت قيمتها ألفى درهم ، فباعها ، وسلمها إلى المشترى ، فإن أراد المالك تضمين المشترى ، له أن يضمنه ألفى درهم بالإجماع . وإن أراد تضمين الغاصب ، له أن يضمنه ألف درهم عنده ، وعندهما ألفى درهم . والتعليل والأسئلة والأجوبة ما مر فى المسألة المتقدمة .

١٠٦ ــ **مسألة** : الدور والعقار لا تضمن بالغصب .

والوجه فيه - أنه لم يوجد منه الاستهلاك[١] لأن الاستهلاك إنما يكون بإخراج العين من أن يكون منتفعا به ، وذلك بتفويت وصف عن المحل لأجله كان منتفعا به فى حق المالك ، ولم يوجد ، لأن المحل إنما كان منتفعاً به لكونه بقرب من المالك ، مهيئاً بهيئة مخصوصة ، ولم يوجد التبعيد ولا التغيير ، فلا يتحقق الاستهلاك ، / فلا يجب الضمان ، لأنه ضرر .

٢،

(١) هذه الكلمة كتبت هنا وفيما بعد كأنها « استهلال » أى أخرها لام لا كاف .

فإن قيل : قولكم بأنه لم يوجد منه الاستهلاك - قلنا : لا نسلم .

قوله : الاستهلاك إنما يكون بتفويت وصف فى المحل - قلنا : الاستهلاك الحقيقى أم الاستهلاك المعنوى ؟ م ع - بيانه : أن المعول عليه فى وجوب الضمان الاستهلاك المعنوى ، وهو إعجاز المالك عن الانتفاع بالمحل ، لأنه ضرر ، بدليل أن من أودع عند إنسان عقارا فجحد الوديعة - يضمن ، وإن لم يوجد ، تفوت[١] وصف فى المحل ، ولا فعل فيه . ولكن لما وجد تبعيد المالك وجب الضمان - كذلك ههنا .

ولئن سلمنا أن الإعجاز بتَفوُّت وصف عن المحل ، ولكن لم قلتم بأنه لم يوجد ههنا ؟ .

قوله : لأن المحل إنما كان منتفعا به لكونه بقرب المالك مهيئا[٢] - قلنا : لا نسلم ، بل إن ما كان منتفعا به ، لأن المالك كان متمكنا من الانتفاع به لكونه فى يد الغاصب : منع يده وفوت عليه إمكان الانتفاع وشغله بأن منعه نفسه ، فلا يمكن الانتفاع ، ولأنه بَعَّد المالك عن الدار ، فيكون سببا للضمان .

الجواب :

قوله : لم يوجد الاستهلاك[٣] الحقيقى أم المعنوى - قلنا : كلاهما : أما الحقيقى فظاهر . وأما المعنوى - فذلك[٤] لأنه إنما يكون بالعجز عن الانتفاع ، وإمكان الانتفاع للمالك ثابت فى الجملة بأن يرفع الأمر إلى السلطان فيستعديه فيعديه[٥] .

---

(١) تَفَوَّت الشيءُ اختلف واضطرب وتَفوَّت عليه فى ماله استبد بالتصرف فيه . وفات الأمر فَوْتاً وفواتاً مضى وقته ولم يُفعل وأفاته الأمرَ جعله يفوته وفوّته أفاته - المعجم الوسيط . وفى الأصل كذا : « نفوت » .

(٢) كذا يبدو فى الأصل .

(٣) فى الأصل كذا : « الاستهلال » راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٢٥٧ .

(٤) فى الأصل : « وذلك » وتقدم قوله : « أما الحقيقى فظاهر » بالفاء لا بالواو . فالواو خطأ من الناسخ بدلا من الفاء .

(٥) استعداه استعانه واستنصره - يقال : استعديت الأمير على فلان - المعجم الوسيط . أى فيستنصره فينصره .

وأما المسألة - فممنوعة .

قوله : المحل إنما كان منتفعا به لكونه فى يد المالك ، وقد أثبت الغاصب يده وأشغله بمتاعه - قلنا : هذا مما يمكن إزالته إما بنفسه أو بإنابة من هو أقوى منه ، أو بالمرافعة إلى السلطان . فلم يكن تفويتا للإمكان من كل وجه ، فلا يجب الضمان ، لأن أخذ الضمان تفويت للإمكان من كل وجه ، فلا يجب إلا بتفويت مثله ، تحقيقا للمعادلة .

١٠٧ ــ **مسألة** : المنافع لا تضمن بالغصب .

وصورته - غصب عبدا خبازا مثلا ، وأمسكه شهرا ، ثم رده إلى المالك - لا يجب عليه ضمان منافع الشهر .

٢/٩٢ والوجه فيه - / أن المنافع الحادثة فى يد الغاصب ، ملكه ، فلا يضمن ، قياسا على إتلاف منافع ملك غيره .

وإنما قلنا ذلك - لأنه اكتسب المنافع ، لأنه باشر السبب ، وهو إمساك العين ، و [بـ] مباشرة السبب كسب المنافع ، كنصب الشبكة للصيد .

فإن قيل : التعليل ينتقض بما إذا غصب جارية فولدت فى يده أو شجرة فأثمرت فى يده ، فإنه يضمن الولد والثمر ، مع ما ذكرتم .

ثم نقول : لا نسلم بأن المنافع ملكه .

قوله : باشر سببه - قلنا : مباشرة السبب على هذا التفسير يكون [مـ] ملكا فى المباحات ، لا فى المملوكات ، بدليل أنه لو نصب شبكة ، فتعقل[١] بها صيد مملوك لأحد ، لا يملكه ، والمنافع مملوكة للمالك ، لأنها تبع ملكه ، فكانت مملوكة له ، كالثمر والولد .

---

(١) تَعَقَّله عن حاجته حبسه ومنعه - المعجم الوسيط .

ولئن سلمنا أن الكسب سبب للملك ، ولكن كسب مباح أم محظور ؟ م ع – وهذا لأن الغصب محظور بالإجماع ، والمحظور لا يجوز أن يكون سببا للملك ، لأنه يؤدى إلى فتح باب الظلم والعدوان .

ولئن سلمنا أنها حدثت على ملك الغاصب ، ولكن كانت بحالة لولا الغصب لحدثت على ملك المالك ، فكان هذا كحدوثها على ملكه ، فكان ضررا ، فيجب الضمان .

الجواب :

أما إذا غصب جارية فولدت أو شجرة فأثمرت – إنما لا يملكه لوجهين : أحدهما – أن ذلك ليس بسبب لحصول الولد والثمرة ، لأنه لا يلازم حصولها . والثانى – أنهما من أجزاء[1] الجارية والشجرة ، فكانت مملوكة للمالك قبل الغصب – أما ههنا بخلافه .

قوله : السبب على هذا التفسير يكون فى المباحات لا فى المملوكات – قلنا : لا نسلم .

ولئن سلمنا ذلك ، ولكن لم قلتم بأن المنافع ملك المالك ؟ .

قوله : لأنها تبعه – قلنا : لا نسلم ، بل العين تبع للمنافع من حيث الغرض والمقصود .

قوله : لم قلتم بأنه لا يجب الضمان بسبب منع حدوث المنافع على ملكه ؟ قلنا : لأن الضمان منع المنفعة الحاصلة ، فلا يجب فى مقابلة منع منفعة لم تحصل بعد ، تحقيقا للمعادلة فى ضمان العدوانات .

١/٩٣ . ١٠٨ ـــ **مسألة** : المضمونات تملك / بالغصب عند أداء الضمان مستندا إلى وقت الغصب .

---

(١) فى الأصل هكذا : « أحزا » .

صورته : إذا غصب عبدا : فاكتسب فى يده أكسابا ، وأبق من يده - يقضى القاضى عليه بالضمان و [إذا] أدى الضمان ، يصير العبد ملكا له ، حتى لو عاد العبد من الإباق ، يعود على ملكـ [ـه] وكانت الأكساب ملكا له .

والوجه فيه - أن المالك ثبت الملك له فى الضمان ، فيزول ملك الغصب عن الضمان ، لاستحالة جمعهما ، وإذا زال ملك الغاصب ، فقد تضرر به ، فيجب إعدام هذا الضرر ، وذلك بإثبات الملك [له][(١)] فى المضمون ، ليقوم مقامه ، فوجب القول بإثبات الملك فى الجانبين ، دفعا للضرر عنهما بقدر الإمكان .

فإن قيل : قولكم بأن الملك ثبت للمالك فى الضمان - قلنا : لا نسلم . وبطلانه ظاهر ، لأنه لو ثبت الملك له : إما أن يثبت من كل وجه ، أو من وجه دون وجه . لا وجه للأول - لأنه لم يفت ملك المالك عن المضمون من كل وجه ، لقيام ملك الرقبة . ولا وجه للثانى - لأنه لا قائل به .

ولئن سلمنا أنه ثبت الملك للمالك فى الضمان ، ولكن لم قلتم بأنه ثبت الملك للغاصب فى المضمون ؟ .

قوله : دفعا للضرر - قلنا : الاعتراض عليه من وجهين : أحدهما - أن ضرره ليس بواجب الدفع ، لأنه جان . والثانى - أنه لا يمكن إثبات الملك للغاصب فى المضمون ، لأنه هالك حكما ، لأن القاضى لا يقضى بالضمان للمالك ، إلا بعد قضائه بهلاك المضمون .

والدليل على أن الغاصب لم يملك المضمون من وقت الغصب ، أنه لا يملك الأولاد الحادثة بعد الغصب .

ولئن سلمنا أنه ثبت الملك فى الجانبين ، ولكن على وجه يتمكن المالك من فسخه ، لأنه ثبت بطريق الضرورة ، فيتوقف إلى وقت ظهور المضمون ، فثبت له حق النقض ، كالبائع المكره ، وصار كما إذا أخذ الضمان بقول الغاصب ، فإنه يعود - كذا هذا .

---

(١) « له » غير واضحة فى الأصل ومكانها فيه بياض .

الجواب :

٢/٩٣ قوله : لم قلتم بأن الملك ثبت للمالك فى الضمان ؟ قلنا : لأن الفائت بالغصب / منافع لا يمكن جبرها ودفع الضرر الحاصل بفواتها إلا بثبوت الملك للمالك فى الضمان من كل وجه .

قوله بأن فى إثبات الملك للمالك فى الضمان من كل وجه إزالة[1] ملك الغاصب من كل وجه ، مع أنه لم يزل من كل وجه - قلنا : نعم ولكنا دفعنا[2] هذا الضرر عن الغاصب بإثبات الملك له فى المضمون من كل وجه ، تحقيقا للمعادلة ودفعا للضرر .

قوله بأن ضرر الغاصب ليس بواجب الدفع - قلنا : لا نسلم .

قوله : لأنه جان - قلنا : بلى ، ولكن حق الجانى فيما وراء جنايته معصوم ، ولا يجوز الإضرار به إلا بقدر الجناية ، عملا بالدليل النافى للضرر .

قوله : بأنه هالك حكما ، فلا يمكن إثبات الملك فيه - قلنا : لا نسلم ، بل هو قائم ، لأن الآبق قابل للملك ، وكذلك الهالك من كل وجه : قابل للملك فى آخر جزء من أجزاء بقائه .

وأما الأولاد والأكساب - قلنا : الملك ثبت مستندا ، وإنه يظهر فى حق بعض الآثار دون البعض ، فأظهرناه فى الأكساب دون الأولاد ، لأن التبعية فى الأكساب أكثر .

قوله : يتمكن المالك من فسخه - قلنا : لا نسلم - وبيانه : أن الملك للمالك فى الضمان ثبت على وجه لا يتمكن الغاصب من نقضه ، فكذا فى جانبه - بخلاف البائع المكره ، لأن الغاصب طائع فى الغصب والضمان ، وكذا المالك ، بخلاف ما إذا أخذ الضمان بقول الغاصب ، لأن المالك ثمة كالمكره .

---

(١) فى الأصل كذا : « ازالة » .

(٢) فى الأصل : « دفعا » .

١٠٩ ــ **مسألة** : نقصان الولادة ينجبر بالولد إذا كان له وفاء بقيمة النقصان .

والوجه فيه – أن هذا النقصان تعين طريقا للوصول إلى نفع مطلوب عادة ، فلا يجب الضمان .

وإنما قلنا ذلك – لأنه تعين طريقا للوصول إلى الولد عادة ، والولد نفع مطلوب عادة ، وإذا كان النقصان طريق النفع كان نقصانا صورة لا معنى ، فلا يكون(١) ضررا معنى ، فلا يجب الضمان ، لأن أخذ الضمان إضرار صورة ومعنى . والدليل يأبى ذلك إلا لجبر / ضرر مثله . ١/٩٤

فإن قيل : قولكم بأن الولد نفع مطلوب عادة – قلنا : لا نسلم ، بل تطلب الأم للاستخدام(٢) أو الركوب .

ولئن سلمنا أن الولد نفع مطلوب ، ولكن يجبر النقصان إذا كان مطلوبا للمالك قطعا أم [على](٣) سبيل الاحتمال ؟ م ع – وهذا لأن ضرر النقصان قطعى ونفع الولد محتمل ، فلا ينجبر به .

ولئن سلمنا أن النقصان يجبر ، ولكن لم قلتم بأنه لا يجب الضمان ؟ وهذا لأن الضمان عندنا لم يجب بسبب الولادة ، لأنه صنع الله تعالى وإنما وجب بالغصب السابق ، والغصب سبب للضمان ، لأنه سبب للنقصان .

ثم الدليل على أن الولد لا يصلح جابرا ، لأنه ملك المالك ، والنقصان حصل على ملكه ، ونقصان ملكه لا ينجبر بملكه – دل عليه أن الأم إذا ماتت وفى قيمة الولد وفاء بالأم ، يجب عليه ضمان الأم . وكذلك إذا قطع أصول شجرة إنسان ونبت مكانها أخرى أو جز صوف شاته ونبت آخر ، أو نزع أنثى(٤) عبد إنسان وازدادت قيمته ، يجب الضمان فى هذه الصور .

---

(١) كلمة غير واضحة فى الأصل ففيه هكذا : « فلا خون » .

(٢) فى الأصل : « الاستخدام » .

(٣) زيدت أخذا بما قاله المؤلف فى مواضع أخرى – انظر فيما يلى مثلا ص ٢٧٢ .

(٤) الأُنثيان الخُصيتان . والأذنان – المعجم الوسيط .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن الولد نفع مطلوب عادة – قلنا : لأن العقلاء يمسكون الأمهات[١] والدواب[٢] والجوارى للولد ، وكون غيره مطلوبا لا يمنع كونه مطلوبا .

قوله بأن نفع الولد محتمل – قلنا : نفرض[٣] الكلام فيما إذا كان نفعه قطعيا ، وصرح المالك بكونه طالبا للولد ، فسقط السؤال .

قوله : سبب وجوب الضمان هو الغصب السابق – قلنا : إنما يجب الضمان بسبب الغصب إذا لم يرد الجارية ، وقد ردها من غير نقصان معنى – على ما مر .

قوله بأن نقصان ملكه لا ينجبر بملكه – قلنا : نحن لا ندعى بأن هذا النقصان حصل صورة ومعنى ووجب الضمان ثم انجبر ، ولكن ندعى أن هذا لم يقع نقصانا موجبا للضمان ابتداء ، لما قلنا . وأما إذا ماتت الأم فهذا نقصان صورة ومعنى / . ٢/٩٤ وكذلك إذا قطع الشجرة وجز الصوف ، فإنه نقصان صورة ومعنى ، لأنه لم يتعين طريقا للنفع – وأما الزيادة بقطع الأنثيين[٤] [فـ] ليس بمطلوب شرعا ، لأنه حرام ، وهو عادة الجهال والظلمة ، فكان ذلك النفع ملحقا بالعدم – أما ههنا بخلافه .

والله أعلم .

١١٠ ــ **مسألة** : إذا غصب حنطة وطحنها أو زرعها ينقطع حق المالك ويصير ملكا للغاصب بالضمان ، خلافا له .

والوجه فيه – أن الغاصب استهلك مالية الحنطة واكتسب مالية الدقيق ، فوجب أن ينقطع حق المالك إلى الضمان .

---

(١) أمهات جمع أم وهى أصل الشيء والوالدة والشيء يتبعه ما يليه – المعجم الوسيط .

(٢) كذا تبدو فى الأصل .

(٣) فى الأصل كذا : « بعرض » بدون نقط الحرفين الأولين .

(٤) انظر فيما تقدم الهامش ٤ ص ٢٦٣ .

وإنما قلنا ذلك – لأن مالية الحنطة إنما تثبت بكونها صالحة لإقامة المصالح المختصة بها من الزراعة واتخاذها أطعمة ، وبالطحن فاتت هذه الصفة ، فتفوت المالية .

وإنما قلنا إنه اكتسب مالية الدقيق ، لأنه باشر السبب المتعين لحصول الدقيق ، وهو الطحن ، فيصير ملكا للغاصب ، لقوله عليه السلام : « المرء أحق بكسبه » .

فإن قيل : قولكم بأنه استهلك مالية الحنطة – قلنا : لا نسلم .

قوله : بالطحن فاتت المصالح المختصة بها – قلنا : لا نسلم بأن الطحن مضاف إلى فعله ، بل مضاف إلى دوران الرحا ، وذاك إلى جريان الماء ، إلا أن إلقاء الحنطة فى الرحا شرط ، والحكم لا يضاف إلى الشرط .

ولئن سلمنا بأن الطحن مضاف إلى فعله ، ولكن لم قلتم بأن بالطحن زالت مالية الحنطة ؟ .

قوله : لأنه فاتت منافع الحنطة المختصة بها – قلنا : كلها أم بعضها ؟ ع م . وهذا لأن معظم منافع الحنطة اتخاذه خبزا ، وإنه قائم ، فلا يزول الملك . ولهذا لو غصب شاة فذبحها لا ينقطع حق المالك عن الشاة ، وإن فاتت منافع الدر[١] والنسل .

ولئن سلمنا أن مالية الحنطة قد بطلت ، ولكن أجزاء الحنطة قائمة ، فلم ينقطع ملك المالك ، لأن المالية صفة والأجزاء ذات ، والملك يقع بالذات لا بالصفات .

ولئن / سلمنا أنه يزول ملك المالك ، ولكن لم يثبت ملك الغاصب . ١/٩٥

قوله : اكتسبه – قلنا : لا نسلم بأن الفعل الحرام يكون سببا للملك .

ولا نسلم بأن الحديث يتناوله ، لأنه أجمعنا على أن الغاصب ليس أحق به ، فإنه لا يحل له الانتفاع به ، بل يجب عليه التصدق .

---

(١) الدُّر اللبن ودر الضرعُ امتلأ لبنا وسال باللبن ويقال : در باللبن – المعجم الوسيط .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن الطحن مضاف إلى فعله ؟ قلنا : لو فرضنا الكلام فيما إذا طحن بيده سقط السؤال . ولو لم نفرض فنقول : تقريب الحنطة من الرحا سبب للطحن ، ولهذا لو استأجر طحانا ليطحن له بكذا ، ففعل ما قلنا - يستحق الأجرة .

قوله : لم قلتم بأن بالطحن زالت مالية الحنطة - قلنا : لأن منافعها قد فاتت .

قوله : كلها أو بعضها - قلنا : كلها ، لأن منافع الحنطة ما تحصل حال تركب الأجزاء ، لأنها هى الحنطة ، وملك المالك قائم بالمركب ، فكان لهذه الأجزاء ماليتان فى حالتين : إحداهما[١] حالة التركب . والثانية حالة التفرق . فمالية التركب تزول بزوال التركب .

وأما إذا غصب شاة فذبحها - قلنا : لم يستهلك مالية اللحم ، وإن استهلك مالية الشاة . إنما الفائت صفة[٢] الحياة ، وذلك ليس بشرط للحم .

ولئن استهلك مالية الشاة ولكنه لم يكتسب مالية أخرى ، حتى لو اكتسب بالطبخ ، يزول ملك المالك ، كما زال ههنا .

قوله : الملك يقوم بالذات لا بالصفات - قلنا : لا نسلم ، بل قائم بالصفة ، بدليل الشاة الميتة .

قوله : الغاصب ليس أحق به - قلنا : لا نسلم ، بل هو أحق به ، لأنه أخص به ، ولهذا خصه الشرع بالتصدق به وتمليكه .

والله أعلم .

---

(١) فى الأصل : « إحديهما » .

(٢) فى الأصل كذا : « وصفه الحياة » وفى المعجم الوسيط : وَصَفَ وَصفًا وصفة نعته بما فيه . والصفة الحالة التى يكون عليها الشىء من حليته ونعته كالسواد والبياض والعلم والجهل . وسيأتى بعد قليل : « بل قائم بالصفة » .

١١١ ــ **مسألة** : إذا غصب ساجة[١] وأدخلها فى بنائه ، ينقطع حق المالك إلى الضمان .

والوجه فيه – أن القول بانقطاع حق المالك إلى الضمان وثبوت الملك للغاصب فى الساجة دفع أعلى الضررين ، بتحمل الأدنى ، فوجب المصير إليه ، قياسا على ما إذا غصب لوحا / وأدخله فى السفينة المركوبة . وإنما قلنا ذلك – لأن القول بانقطاع حق المالك إضرار به ، ولكن بعوض يقابله وهو الضمان . وفى القول ببقاء حق المالك إضرار بالغاصب بغير ضمان ، لأنه متى بقى ملك المالك فى الساجة كان بسبيل من نقض البناء لإخراج الساجة ، وفى ذلك إبطال ملك الغاصب عن البناء بغير ضمان ، لأن البناء حصل بكسبه ، والكسب سبب لثبوت الملك ، ومعلوم أن هذا الضرر فوق ذلك الضرر ، فوجب القول بانقطاع حق المالك إلى الضمان ، دفعا لأعلى الضررين بتحمل الأدنى .

٢/٩٥

فإن قيل : قولكم بأن فى نقض البناء إبطال ملك الغاصب عن البناء بلا عوض – قلنا : لا نسلم بأن نقض البناء إبطال ملكه .

قوله : لأنه حصل بكسبه – قلنا : المحظور لا يكون سببا للملك .

ولئن سلمنا أنه ملكه ، ولكن هذا الضرر حصل قصدا أو ضمنا ؟ ع م . وهذا لأنه حصل ضمنا لإيصال الحق إلى المستحق ، فلا يجب دفعه ، كما فى مؤنة الرد – دل عليه أنه لو غصب ساجة وبنى عليها لا ينقطع حق المالك حتى ينقض البناء – كذا هذا .

ولئن سلمنا أنه إضرار بالغاصب ، ولكن لا نسلم بأنه فوق ضرر المالك .

قوله : لأنه لا يقابل بالضمان – قلنا : لا نسلم ، بل يقابل بالضمان على أحد قولى الشافعى .

---

(١) الساجة مفرد ساج وهو ضرب عظيم من الشجر لا ينبت إلا فى الهند ويجلب منها . وقال الزمخشرى : الساج خشب أسود رزين يجلب من الهند ولا تكاد الأرض تبليه . وقال بعضهم : الساج يشبه الأبنوس وهو أقل سوادا منه – المصباح . وانظر : السمرقندى ، التحفة ، ٣ : ١٣٤ .

ولئن سلمنا أن ضرره فوق ضرر المالك ، ولكن لم قلتم بأنه واجب الدفع ؟ وبطلانه ظاهر لوجهين .

أحدهما - أنه جان ولا يبالى بضرر الجانى .

والثانى - أنه هو الذى أضر بنفسه حيث باشر سببه ، وهو إدخاله الساجة فى بنائه مع علمه بذلك ، فلا يستحق النظر .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام : « من وجد عين ماله فهو أحق به »[١] .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن نقض البناء إبطال ملكه ؟ قلنا : لما ذكرنا .

قوله : المحظور لا يكون سببا - فالجواب عنه ما مر فى المسائل المتقدمة .

١/٩٦ قوله : هذا الضرر حصل / قصدا وابتداء أو ضمنا - قلنا : إذا ثبت أنه ضرر ، يجب دفعه بالدليل .

قوله : حصل ضمنا لاتصال الحق - قلنا : لا نسلم ، بل حصل قصدا وابتداء ، لأنه لا يجب نقض البناء لرد الساجة ، لما فيه من إبطال ملكه . وبهذا فارق مؤنة الرد ، لأن الرد واجب ثمة أو لأن الرد ممكن فى الجملة بدون المؤنة .

وأما فصل الساجة - قلنا : ثمة ضرر المالك مثل ضرر الغاصب ، لأن ضرر المالك بغير عوض كضرر الغاصب ، لأن الساجة لا تضمن بالغصب - أما ههنا بخلافه .

قوله : إن ضرره يقابل بالضمان على أحد قوليه - قلنا : لا نسلم ، ولا يمكن القول به ، لأن البناء هو التركيب وإنه ليس بعين مال حتى يقابل بالضمان . على أنا إذا سعينا فى إبطال أحد قوليه فقد حصل المرام .

---

(١) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٧٢٥ ص ١٣٠ - ١٣١ فى باب التفليس والحجر . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨١٣ ص ٨٧٢ - ٨٧٥ وفيهما : « عن أبى بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : سمعنا رسول الله ﷺ يقول : « من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره » متفق عليه . وهناك رواية أخرى فى بلوغ المرام وسبل السلام .

قوله - بأن ضرره لا يدفع ، لأنه جان - فالجواب عنه ما مر فى المسألة المتقدمة .

وإدخال الساجة ليس بسبب للنقص ، بل هو سبب لانقطاع حق الملك على ما مر .

وأما الحديث - قلنا : لم يجد المالك عين ماله ، لأنه انقطع ماله - على ما مر .

١١٢ ــ **مسألة** : المسلم إذا أتلف خمر الذمى أو خنزيره - يجب عليه الضمان . وعلى هذا الخلاف جواز بيع الذمى من الذمى فى الخمر والخنزير .

والوجه فيه - أنه أتلف مالا متقوما معصوما حقا للمالك - فيجب الضمان ، قياسا على ما إذا أتلف خل الذمى .

وإنما قلنا : إنه أتلف مالا ، لأن المال هو المحل المعد لإقامة مصلحة الآدمى حقيقة وشرعا ، وإنه كذلك فى حق الذمى .

وإنما قلنا : إنه متقوم ، لأن المعنى به كون المحل بحال يبذل العوض فى مقابلته ، وإنه كذلك فى حقه .

وإنما قلنا : إنه معصوم ، لأن العصمة إنما تثبت لحاجة المالك إلى صيانة ملكه ، والذى يحتاج إليه .

وإذا ثبت هذا - فإتلاف مال هذا حاله إضرار بالمالك ، فوجب دفعه بالضمان .

فإن قيل : ما ذكرتم إن دل على وجوب الضمان ، ولكن ههنا دليل آخر / ينفى ذلك . وذلك لأن الخمر وإن كان مالا فى حق الذمى ، ولكنه ليس بمال فى حق المسلم . وهو محرم الانتفاع ، وأخذ الضمان من المسلم إتلاف مال متقوم فى حقه وفى حق الذمى مطلقا ، فلا يجب إلا بإتلاف مال متقوم فى حق الكل تحقيقا للمعادلة .   ٢/٩٦

ولئن سلمنا أن[١] إتلاف خمر الذمى يصلح سببا للضمان ، ولكن إنما يجب إذا أمكن ، وإنه لا يمكن لوجهين :

---

(١) فى الأصل : « انه » .

أحدهما – أنه لو وجب عليه الضمان لثبت الملك فى المضمون ، كما هو مذهبكم فى المضمونات ، ولا وجه إليه ، لأن المسلم ليس بأهل لتملك الخمر .

والثانى – وهو أن الضمان لو وجب إما أن ما يجب بالمثل وهو الخمر أو بالقيمة – لا وجه للأول ، لأن المسلم ليس بأهل لتملك الخمر . ولا وجه للثانى لوجهين : أحدهما – أن إيجاب القيمة فى المثليات عند وجود المثل لا نظير له فى الشرع ، فكان نصب الشرع بالرأى ، وذلك باطل . والثانى – أن المسلم لا يعرف قيمة الخمر بنفسه ، لأنه ليس بأهل التمليك ، فلابد من الرجوع إلى تقويم الذمى ، وفيه تنفيذ حكم الذمى على المسلم ، وذاك باطل .

الجواب :

قوله بأن الخمر إن كان مالا فى حق الذمى – [فـ] ليس بمال فى حق المسلم – قلنا : بلى ، ولكن سببية الضمان تبتنى على كونه مالا متقوما فى حق المتلف عليه ، دون المتلف ، لأن الضمان شرع لإعدام الضرر ، وذلك يثبت بكونه مالا متقوما فى حقه ، والمعادلة ثابتة ههنا فى وصف الإضرار .

قوله : لو أدى الضمان يملك المضمون ، وهو ممنوع عن تملك الخمر – قلنا : المسلم ممنوع عن تملك الخمر قصدا لا ضرورة ، ولهذا يملك بالإرث ، وبأن يوكل ذميا بشرائها عند أبى حنيفة .

قوله : إما أن يجب المثل أو القيمة – قلنا : تجب القيمة .

قوله : مثلى – قلنا : بلى ، لكن إذا عجز المتلف عن أداء المثل يصار إلى القيمة ، كما إذا أتلف عصيرا فانقطع أوانه ، تجب القيمة / .

١/٩٧ قوله : فيه تحكيم الذمى على المسلم – قلنا : ليس كذلك ، لأنه يمكن معرفته من ذمى أسلم أو مسلم تاب من شرب الخمر .

والله أعلم .

[١٢]

كتـاب الوديعــة[١]

١١٣ ــ **مسألة**[٢] : المودع إذا خالف فى الوديعة ثم عاد إلى الوفاق يبرأ عن الضمان .

والوجه فيه – أن ضرر الإعجاز قد ارتفع بالعود إلى الوفاق ، فوجب أن لا يؤاخذ بالضمان عند الهلاك .

وإنما قلنا ذلك – لأن ضرر الإعجاز حصل بإثبات اليد المانعة على المحل ، وبترك الخلاف والاشتغال بالحفظ للمالك إزالة اليد[٣] المانعة عن المحل ، فارتفع الإعجاز ، فلا يجب الضمان ، لأن الدليل يأبى إيجاب الضمان إلا لإعدام الضرر الواقع بالإعجاز ، لكونه ضررا .

فإن قيل : قولكم بترك الخلاف[٤] إزالة اليد المانعة – قلنا : لا نسلم .

وبيانه : أن تفسير العود إلى الوفاق [هو] ترك الخلاف ، والخلاف هو لبس الثوب ، فكان العود نزعه ، وإنه محتمل : يحتمل أنه نزعه لنفسه ، ويحتمل أنه نزعه للمالك .

ولو قال : أحفظه للمالك – لا يسمع قوله ، لأنه متهم فيه ، لدفع الضمان عن نفسه .

(١ – ٢) فى الأصل كذا : « مسألة فى كتاب الوديعة الوديعة ... » وهو ما يخالف ما سار عليه المؤلف فى الكتاب مما يرجح أن هذا من عمل الناسخ سهوا . وقد آثرنا الرجوع إلى منهج المؤلف فى الكتاب كله وخصوصا وأنه قد أورد ثلاث مسائل فى هذا الكتاب وليس مسألة واحدة (المسائل ١١٣ – ١١٤ – ١١٥) على خلاف ظاهر قوله : « مسألة فى كتاب الوديعة » .

(٣) انظر الهامش التالى .

(٤) كذا فى الأصل . ولعل الأوضح أن يقال : « فى ترك الخلاف إزالة ... » أو « بترك الخلاف أزال ... » .

ولئن سلمنا أن ضرر الإعجاز قد ارتفع بالعود إلى الوفاق ، ولكن قطعا أم على سبيل الاحتمال ؟ ع م . وهذا لأن بالخلاف وجب الضمان قطعا ، وارتفاع الإعجاز محتمل ، فلا يسقط اليقين بالشك ، وصار كالغاصب إذا قال : أنا أحفظه للمالك ولا أمنعه ، لا يسقط عنه الضمان .

ولئن سلمنا أن ضرر الإعجاز قد انعدم ، لكن لم لا يجب الضمان بسبب آخر وهو الالتزام للضمان عند الهلاك ، بترك الحفظ حالة عقد الوديعة ؟ .

الجواب :

قوله بأن تفسير العود إلى الوفاق نزع الثوب – قلنا : ليس تفسير العود إلى الوفاق نزع فقط ، بل هو الاشتغال بالحفظ للمالك على وجه يعرف بقرائن أحواله ودلالات العادة : أنه يحفظه للمالك ولا يمنعه / عنه . ٢/٩٧

قوله : الإعجاز قد ارتفع قطعا أم على سبيل الاحتمال ؟ – قلنا : ظاهرا وغالبا ، وهذا القدر يكفى للمنع من المؤاخذة بالضمان ، بدليل أنه لو رد إلى رسول المالك يبرأ من الضمان ، وبهذا لا يرتفع العجز قطعا ، بخلاف الغاصب إذا قال : أحفظه للمالك ، لأنه أخبر عن شيء يشهد الظاهر بخلافه ، والظاهر من الغاصب الإعجاز ، ومن المودع ترك الإعجاز .

قوله : لم لا يجب الضمان بسبب الالتزام ؟ قلنا : لأن الالتزام لم يوجد صريحا ، والظاهر أنه لا يلتزم الضمان لما فيه من الضرر .

١١٤ ــ **مسألة** : إذا أودع عند صبى محجور عليه مالاً ، أو عند عبد محجور عليه مالا ، فاستهلكه – لا ضمان عليه[١] أصلا ، وعلى العبد ضمانه بعد العتق .

والوجه فيه – أن الصبى استهلك مالا ، تالفا فى حق المالك من وجه – فلا يضمن .

---

(١) لعل المقصود : على الصبى .

وإنما قلنا ذلك - لأن المال لما[١] وقع فى يد الصبى صار تالفا ، فى حق المالك من وجه ، لأن المعنى من التلف هو العجز عن الانتفاع ، والمالك عاجز عن الانتفاع من وجه ، لأن الظاهر من حال الصبى المنع لقيام الداعى والقدرة ، ولا مانع له شرعا ، فيكون تالفا من وجه ، فلا يجب الضمان ، لأن الدليل يأباه لكونه ضررا ، إلا فى مقابلة **مال قائم من كل وجه ، ففيما عداه[٢] [لا] .**

فإن قيل : قولكم بأن الظاهر من حال الصبى المنع لقيام الداعى - قلنا : لا نسلم وبطلانه ظاهر ، لأنه وإن لم يكن له مانع شرعى ، ولكن له مانع ، وهو خوف ارتفاع الثقة[٣] وخوف التعزير والتأديب ، فلا يمنعه عن المالك .

ولئن سلمنا أن هذا المال تالف على ما ذكر ، ولكن هذا التف حصل بفعل المالك أم بفعل الصبى ؟ ع م - ولكن هذا لا يمنع وجوب الضمان ، لأنه متلف بفعله ، فصار : كالمودع الفاسق البالغ ، وكالصبى المأذون المودع ، / وكما إذا أودع عند بالغ فأتلفه صبى فى عياله ، أو كانت الوديعة عبدا أو أمة فأتلفه ، يجب الضمان فى هذه الصور وكذلك يجب الضمان على غاصب الغاصب وإن كان تالفا[٤] .

١/٩٨

الجواب :

قوله : له مانع ، وهو خوف ارتفاع الثقة - قلنا : الصبى المحجور لا يبالى بالثقة من الناس هـ وبرفعها ، لأنه لا يحتاج إلى المعاملة مع الناس . وأما التعزير والتأديب - قلنا : **هذا أمر محتمل : قد يعزر وقد لا يعزر . ولئن كان يعزر ، ولكن المعروف من عادات** أغلب الصبيان أنهم لا يبالون بالتعزير .

---

(١) فى الأصل : « كما » .

(٢) فى الأصل كذا ، ولعل الصحيح : « لا فيما عداه » وقد أثرنا زيادة « لا » فى آخر العبارة .

(٣) كذا يبدو فى الأصل . وستأتى بعد قليل .

(٤) فى الأصل كذا : « تالفا » . ولعل المقصود أنه تالف من وجه بوجوده لدى الغاصب .

قوله : هذا التلف حصل هـ بفعل المالك أم بفعل الصبى ؟ - قلنا : حصل بتسبيب المالك وتسليطه على ماله من ليس من أهل الحفظ ، فيكون تالفا من وجه ، فلا يجب به مال قائم من كل وجه .

أما الأحكام :

أما الفاسق - فالمانع قائم فى حقه ، وهو خلاف المأثم وعقله أكثر من عقل الصبى .

وكذلك المأذون ، لأن الإذن دليل اختصاصه بزيادة الاهتداء .

وأما إذا أودع عند بالغ فأتلفه صبى فى عياله - قلنا : هذا الصبى مأذون بقبول هذا النوع من الوديعة ، فكان كالإيداع من المأذون .

وأما إذا كانت الوديعة عبدا أو أمة ، فلأن الداعى إلى المنع ثمة معارض بالمانع ، لأن العبد والأمة يمتنعان .

وأما غاصب الغاصب - فإنه أيضا إتلاف من وجه ، إلا أنا ألحقناه بالإتلاف من كل وجه ، زجرا عن ذلك ، وسدا لباب النصب - أما ههنا بخلافه .

والله أعلم .

١١٥ ــ مسألة : المودع إذا سافر بمال الوديعة فى طريق آمن ، فهلكت الوديعة فى يده - لا يضمن . وعنده يضمن . وهذا إذا لم يكن للوديعة حمل ومؤنة . أما إذا كان لها حمل ومؤنة - فعند أبى حنيفة لا يضمن كان السفر قريبا أو بعيدا . وعند أبى يوسف : فى البعيد يضمن . وعند محمد : يضمن فيهما . وفى الطريق / المخوف والبحر يضمن بالإجماع . ٢/٩٨

والوجه فيه - أن وجوب الضمان موقوف على الالتزام أو الاستهلاك ، ولم يوجد ، فلا يضمن ، قياسا على ما إذا حفظ فى المصر .

وإنما قلنا : إنه لم يوجد منه الالتزام - لأنه إنما التزم الضمان بترك الحفظ الملتزم ، وهو الحفظ للمالك بأمره وقد أتى به ، لأن حفظ الشىء عبارة عن جعله بحالة يكون

مضمونا عن أسباب الهلاك . وإذا كان الطريق آمنا ، كانت الوديعة بحالة لا يقصدها قاصد ولو قصدها يمكنه دفعه ، إما بنفسه أو بالاستعانة بالرفقة ، والمالك لم يعين عليه المكان ، فيكون حافظا بأمره .

وإنما قلنا : إنه لم يوجد منه الاستهلاك ، لأن الكلام فيما إذا هلك بآفة سماوية ، لا بصنعه .

فإن قيل : قولكم بأنه أتى بالحفظ الملتزم - قلنا : لا نسلم .

قوله : الطريق آمن - قلنا : فى الحال أم فى المستقبل ؟ م ع - ولا يمكن القول ببقاء الأمن فى المستقبل ، لأن الظاهر هو الخوف فى الأسفار ، والمسافر وإن كان قادرا على دفع الآحاد ، لا يقدر على دفع الجماعات .

ولئن سلمنا أنه أتى بالحفظ ، ولكن بالحفظ الكامل أم بالحفظ الناقص ؟ ع م ، وهذا لأن الحفظ فى المصر أكمل ، ولهذا يصح التقييد[١] به ، ولو قيد يضمن . فلو لم يكن متفاوتا لما ضمن ، كما قيد بيتا دون بيت .

ولئن سلمنا أنه أتى بالحفظ ، ولكن بأمر المالك ، لا بأمره .

قوله : المالك لم يعين المكان - قلنا : صريحا أم بدلالة الغرض ؟ م ع . وهذا لأن الغرض هو الحفظ الكامل عادة ، وذلك بالحفظ فى المصر عادة ، فيكون مقيدا به دلالة كما فى النقود[٢] .

ولئن سلمنا أنه لو يوجد الالتزام ، ولكن لم قلتم بأنه لم يوجد الاستهلاك ؟ . وهذا لأن الاستهلاك وإن لم يوجد مباشرة وجد تسببيا ، لأن السفر مظنة المخاطرات والغارات - قال عليه السلام : « المسافر وماله على قَلَت[٣] إلا ما وقاه الله » والاستهلاك بطريق التسبب / موجب للضمان ، كمن حفر بئرا على الطريق . /٩٩

---

(١) فى الأصل كذا : « التعقيد » .

(٢) كذا فى الأصل .

(٣) فى مختار الصحاح : « القَلَتُ بفتحتين الهلاك وباب طرب . وقال أعرابى : « إن المسافر ومتاعه لعلى قَلَتٍ إلا ما وقى الله - قلت : وهكذا رواه الأزهرى أيضا ولا أعرف أحدا من أئمة اللغة =

الجواب :

قوله : أمن الطريق فى المستقبل لم يوجد غالبا – قلنا : الظاهر وجوده لقوة السلطان ومنعة المسلمين ودفع الرفقة .

وأما توجه الجماعات من القاصدين ، فذاك يندر وجوده ، فلا يعتبر(١) .

قوله : أتى بالحفظ الكامل أم بالحفظ الناقص ؟ – قلنا : بالحفظ الكامل .

قوله : الحفظ فى المصر أكمل – قلنا : بلى(٢) ، ولكن من حيث الوصف ، لا من حيث الذات .

وهذا يكفى لصحة التقييد : أما بدون التقييد فأصل الحفظ يدخل فى الأمر كما فى الدارين .

قوله : بأن غرضه الحفظ البالغ – قلنا : لو كان غرضه ذلك لنص عليه بالحفظ فى المصر ، لأنه ممكن . فإذا أطلق كان غرضه مطلق الحفظ .

قوله : جرت العادة بالحفظ فى المصر – قلنا : بلى ، ولكن الاعتبار للفظ لا للعمل ، واللفظ مطلق .

قوله : وجد الاستهلاك بطريق التسبيب – قلنا : لا نسلم . وهذا لأن التسبيب إلى الاستهلاك هو الفعل المفضى إلى الهلاك غالبا ، ولم يوجد لأن الطريق آمن .

قوله : بأن السفر مظنة المخاطرات – قلنا : فى حالة الأمن لا نسلم بأنه مظنة المخاطرات .

وأما الحديث – فإنه استثنى « إلا ما وقاه الله » وهو حالة الأمن ، والكلام فيما إذا كان الطريق آمنا غير مخوف .

= يرويه حديثا كما يرويه بعض الفقهاء فى كتبهم . والمَقْلَتة المهلكة » . وفى المعجم الوسيط : قَلِت قَلَتا تعرض للهلاك .

(١) غير ظاهرة فى الأصل . وقد تكون : « فلا يعتبر » أو « فلا يعد » .

(٢) فى الأصل كذا : « بلا » .

[١٣]

١/٩٩

كتـاب العـارية

١١٦ ـ [مسألة][١] : إذا هلك المستعار فى يد المستعير لا يضمن فى أى حال هلك .

والوجه فيه - أن وجوب الضمان موقوف على الالتزام أو الاستهلاك ، ولم يوجد - فلا يضمن ، قياسا على الوديعة .

وإنما قلنا : إنه لم يوجد الالتزام - لأن الإعارة عقد تبرع ، لا عقد ضمان ومعاوضة ، فلا يدل على الالتزام وضعه[٢] .

وإنما قلنا إنه لم يوجد الاستهلاك - لأن الاستهلاك إنما يكون بالإعجاز ، وذلك بإثبات اليد المانعة ، ولم توجد .

فإن قيل : التعليل ينتقض بالمقبوض بسوم[٣] الشراء ، فإنه مضمون وإن لم يوجد الالتزام / أو الاستهلاك .

٢/٩٩

ثم نقول : لا نسلم بأن الإعارة عقد تبرع ، بل هو عقد ضمان ، لأن بالناس حاجة إلى الإعارة والاستعارة ، فلو لم يشرع عقد ضمان يمتنع الناس عن الإعارة ، خوفا من الهلاك بلا ضمان ، فتتعطل المصالح ، فعلم أنه وجد الالتزام .

ولئن سلمنا أنه لم يوجد الالتزام - ولكن لم قلتم بأنه لم يوجد الاستهلاك ؟ .

قوله : الاستهلاك بالإعجاز ، وذلك بإثبات اليد المانعة - قلنا : لا نسلم . وهذا

---

(١) لم ترد هنا كلمة « مسألة » ولعل ذلك لأن الوارد هنا مسألة واحدة - وقد أضفناها اتباعا لمنهج المؤلف فى الكتاب .

(٢) كذا فى الأصل . ولعل المقصود « شرعه » وسيأتى بعد قليل : « .. فلو لم يشرع عقد ضمان ... » .

(٣) سيأتى فى « الجواب » .. « على سوم » .

لأن الإعجاز قد يحصل بإثبات اليد المانعة ، [وقد] يحصل بالاستيلاء على المحل وشغله بالانتفاع ، غاية ما فى الباب أنه مأذون فى الانتفاع ، ولكن انتفاع ينتهى إلى الرد ، لأن الظاهر أنه لا يرضى بالإهلاك .

ثم هذا معارض بما روى صفوان بن أمة أن النبى ﷺ استعار منه أدراعا[١] يوم حنين فقال : أغصب يامحمد ؟ قال : « بل عارية مضمونة » رواه أبو داود[٢] . وعن الحسن عن سَمُرَة عن النبى ﷺ قال : « على اليد ما أخذت حتى تؤدى »[٣] رواه أبو داود وأبو عيسى وابن ماجة . وعن أنس عن النبى ﷺ أنه قال : « العارية مؤداة والمنحة مردودة »[٤] ولا يقال بأن المراد من قوله « مضمونة »[٥] ضمان الرد لا ضمان القيمة ، لأنا نقول : ضمان الرد مستفاد بقوله « مؤداة »[٦] فوجب حمل قوله « مضمونة » على ضمان القيمة . وقوله : « حتى تؤدى »[٧] فأداء القيمة قائم مقام أداء العين عند العجز .

وكذا روى أن النبى ﷺ كتب إلى بنى نجران : « ما يعار رسلى فهلكت على أيديهم فضمانها عليهم »[٨] .

---

(١) فى الأصل كأنها : « اذراعا » . وفى المعجم الوسيط . الدِّرع الزَرَدِيَّة وهى قميص من حلقات من الحديد متشابكة يلبس وقاية من السلاح . والجمع أدراع وأدرُع ودروع .

(٢) راجع : بلوغ المرام ، رقم ٧٥٢ ص ١٣٥ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٤٠ ص ٩٠٢. وفيهما : « دروعا » .

(٣) بلوغ المرام ، رقم ٧٤٩ ص ١٣٥ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٣٧ ص ٨٩٨ : « حتى تؤديه » وأيضا : انظر فى الأول رقم ٧٥١ ص ١٣٥ وفى الثانى ٨٣٩ ص ٩٠١ .

(٤) راجع : بلوغ المرام ، رقم ٧٥١ ، ص ١٣٥ . وسبل السلام ، ٣ : ٨٣٩ ص ٩٠١ .

(٥) فى حديث صفوان .

(٦) فى حديث أنس .

(٧) فى حديث سمرة .

(٨) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٧٥١ ، ص ١٣٥ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٣٩ ، ص ٩٠١ .

الجواب :

أما المقبوض على سوم الشراء ، فلأن الاستيام وسيلة إلى العقد ، فالتحق بحقيقة العقد ، والبيع عقد معاوضة وضمان .

قوله : بأن بالناس حاجة إلى الإعارة هـ والاستعارة – قلنا : نعم ، ولكن لم قلتم بأن هذه الحاجة لا تندفع إلا بالضمان ؟ .

قوله : يمتنع الغير خوفا من الهلاك – قلنا : لا يمتنع ، لأن الهلاك نادر والداعى إلى / الإعارة[1] قائم ، وهو الثواب والثناء .

قوله : لم قلتم بأنه لم يوجد الاستهلاك ؟ – قلنا : لأن يده ليست بمانعة ، فكان المالك قادرا على الانتفاع به .

قوله : بأنه انتفع بالمحل و[2]شغله باستعمال نفسه – قلنا : بلى ، ولكن على تقدير أن لا يريد المالك الانتفاع به ، فإذا أراد فإنه يتهيأ له ذلك .

وأما الأحاديث :

أما حديث صفوان – قالوا : المراد منه ضمان الرد ، لا ضمان القيمة .

وهو المراد بحديث سمرة – والله أعلم بذلك .

وكذلك حديث أنس .

ويجوز أن يكون البعض تفسيرا للبعض .

وحديث بنى نجران قالوا : المراد منه الإهلاك ، ولا كلام فيه .

---

(١) فى الأصل كذا : « الإعادة » .

(٢) الواو غير واضحة .

[١٤]

كتـــاب الصـــيد

١١٧ ــ **مسألة** : متروك التسمية عامدا عند الذبح لا يحل أكله ، خلافا له .

والوجه فيه – قوله الله تعالى : ﴿ ولا تأكلوا مما لم يُذكر اسم الله عليه ﴾[١] : نهى الله تعالى عن أكل ما لم يُذكر اسم الله عليه ، والنهى للتحريم .

فإن قيل : الآية نزلت فى الميتة ، فإن سبب نزولها أن الكفار كانوا يجادلون ويقولون : أتأكلون ما أمتموه ولا تأكلون ما أماته الله – فأنزل الله هذه الآية ردا عليهم .

دل عليه قوله : ﴿ وإنه لفسق ﴾ و ﴿ إنكم لمشركون ﴾ وذلك بأكل الميتة ، لا بهذه[٢] .

ولئن سلمنا أن المراد منها الذبيحة ولكنه قال : لم يُذكر اسم الله عليه بلفظ المجهول ، وذلك يقتضى ذكر شخص ما فى حالة ما – فلم قلتم بأنه لم يوجد ذلك ؟ .

ولئن سلمنا أن المراد ذكر الذابح ، ولكن النص ذكر ﴿ مما لم يُذكر ﴾ بكلمة « من »[٣] وإنها للتبعيض فكان المراد البعض وذلك غير معلوم . .

ولئن سلمنا أن المراد كل الذبائح – ولكن لم قلتم بأنه لم يذكر اسم الله ؟ وهذا لأن الذكر كما يكون باللسان يكون بالقلب ، لأن ضده وهو النسيان بالقلب وقد وجد ههنا ، لأن ترك التسمية باللسان عامدا لا يتصور إلا بالذكر بالقلب .

(١ – ٢) الأنعام : ١٢١ – ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق وإن الشياطين ليوحون إلى أوليائهم ليجادلوكم وإن أطعتموهم إنكم لمشركون ﴾ – انظر : الشوكانى ، فتح القدير ، ٢ : ١٥٧ – ١٥٨ .

(٣) « من » المضغمة فى « مما » . وفى المعجم الوسيط : أن من معانى « من » التبعيض . وفى القرآن الكريم ﴿ حتى تنفقوا مما تحبون ﴾ ويمكن أن يذكر موضعها كلمة « بعض » مثل : « منهم من أحسن ومنهم من أساء » .

ولئن سلمنا أن المراد هو الذكر باللسان ، ولكن حقيقة أم حكما ؟ ع م - وهذا لأنه وجد الذكر باللسان حكما ، لأنه مسلم . وقد سئل النبى ﷺ / عن متروك التسمية ناسيا - فقال : كلوه ، فإن تسمية الله تعالى فى قلب كل مؤمن[١] ، فصار كذبيحة الأخرس والناسى[٢] .

١٠٠

ولئن سلمنا أنه متروك التسمية ، ولكن لِمَ يحرم أكله ؟ .

قوله : النهى للتحريم - قلنا : كما هو للتحريم ، فهو للكراهة أيضا ، وحمله على الكراهة أولى : كى لا يلزم التخصيص فى الناسى .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ كلوا مما فى الأرض[٣] ــ الآية ﴾ - وقوله تعالى : ﴿ إلا ما ذكيتم[٤] ﴾ وهو الذبح . وقوله تعالى : ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلىّ ...[٥] - الآية ﴾ .

الجواب :

وأما سبب نزول [الآية][٦] - قلنا : مُسَلَّم أن سبب نزولها ما ذكرتم ، ولكن لا يمنع صرف ظاهر النص إلى متروك التسمية ، والعبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب

(١ - ٢) انظر : بلوغ المرام ، رقم ١١٥٨ ص ٢١٠ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٢٦٢ ص ١٤١٣ - ١٤١٤ .

(٣) البقرة : ١٦٨ - ﴿ يا أيها الناس كلوا مما فى الأرض حلالا طيبا ولا تتبعوا خطوات الشيطان إنه لكم عدو مبين ﴾ .

(٤) المائدة : ٣ - ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب ... ﴾ .

(٥) الأنعام : ١٤٥ - ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلىّ محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم ﴾ .

(٦) وهى ١٢١ من الأنعام : ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ راجع فيما تقدم الهامش ١ - ٢ ص ٢٨٠ . وراجع أيضا : ١١٨ و ١١٩ من الأنعام .

وآكل متروك التسمية عامدا فاسق ، إلا أنه لا ترد شهادته . وأما الشرك ، فإنه يثبت بطاعة المجادل فى حل الميتة[١] .

قوله : « لم يذكر اسم الله » يقتضى ذكرا ما ، فى حالة ما - قلنا : المراد : ما لم يذكر اسم الله عليه من جهة الذابح فى حالة الذبح ، لأن ذكر غير الذابح أو فى غير حالة الذبح مما لا يقف عليه الآكل ، فلا يقدر على الانتهاء عنه .

قوله : المراد منه : بعض ما لم يذكر اسم الله عليه - قلنا : المراد منه : كل ما لم يذكر اسم الله عليه ، لأن كلمة « من » ههنا للتمييز وبيان الجنس[٢] وإنه لتأكيد النهى[٣] ، على أن تحريم بعضٍ منكر تحريم الكل .

قوله : الذكر كما يكون باللسان ، يكون[٤] بالقلب - قلنا : بلى ، ولكن المراد منه الذكر باللسان ، لأن الله تعالى قال : ﴿ مما لم يُذكر اسم الله عليه ﴾ والذكر عليه لا يكون إلا باللسان ، لأنه يكون بالقصد ، فلا يتصور بالقلب .

قوله : وجد الذكر باللسان حكما ، لأنه مسلم - قلنا : الأصل اعتبار الحقيقة إلا عند الضرورة والعذر ، وذلك فى الأخرس والناسى - أما ههنا بخلافه .

قوله : لم قلتم بأن النهى للتحريم - قلنا : لأن النهى طلب الامتناع عن المنهى عنه ، وذلك لا يكون إلا بالتحريم .

قوله : حمله على الكراهة أولى ، كى لا يلزم تخصيص الناسى - قلنا : لو حملناه على الكراهة يلزم تخصيص الناسى / أيضا ، لأن متروك التسمية ناسيا لا يكره أكله ، لما روى من الحديث .

١٠١/١

(١) راجع : الشوكانى ، فتح القدير ، ٢ : ١٥٧ - ١٥٨ .

(٢ - ٣) فى المعجم الوسيط : أن من معانى « مِن » : الفصل والتمييز وهى الداخلة على ثانى المتضادين كقوله تعالى : ﴿ والله يعلم المفسد من المصلح ﴾ ومن معانيها أيضا توكيد العموم وهى الزائدة فى نحو : ما جاءنى من أحد - ويشترط أن يتقدمها نفى أو نهى أو استفهام بهل ، وأن يليها نكرة نحو « ما على المحسنين من سبيل » .

(٤) فى الأصل : « نقول » .

وأما قوله : ﴿ كلوا مما فى الأرض ﴾[١] عام ، وما تلوناه خاص ، والخاص يقضى على العام ، لما عُرف .

وأما قوله : ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾[٢] فالتذكية هو الذبح على التسمية .

على أن ما تلوناه إن كان مقدما كان بهذا منصرفا إليه وبيانا له . وإن كان متأخرا كان مثبتاً للزيادة .

وأما قوله : ﴿ قل لا أجد ﴾[٣] ليس المراد منه حصر المحرمات هـ بدليل أن الكلب حرام وهو غير مذكور فيه ، بل المراد نفى الحرمة عما سوى [المذكورات][٤] ردا على الكفار فيما اعتقدوه .

١١٨ ــ **مسألة** : الجنين لا يتذكى بذكاة[٥] الأم .

والوجه فيه – أن ذبح الأم ليس بسبب لخروج الدم عن الجنين ، فلا يحل به الجنين ، قياسا على ما إذا خرج حيا ثم مات .

وإنما قلنا ذلك – لأنه يتصور بقاء الجنين حيا بعد ذبح الأم .

---

(١) البقرة : ١٦٨ – راجع الهامش ٣ ص ٢٨١ .

(٢) المائدة : ٣ . راجع الهامش ٤ ص ٢٨١ .

(٣) الأنعام : ١٤٥ . راجع فيما تقدم الهامش ٥ ص ٢٨١ .

(٤) « المذكورات » غير واضحة كلها فى الأصل . قال الشوكانى فى فتح القدير ، ٢ : ١٧٢ : « أمره الله سبحانه بأن يخبرهم أنه لا يجد فى شىء مما أوحى إليه محرّما غير هذه المذكورات ،فدل ذلك على انحصار المحرمات فيها لولا أنها مكية ، وقد نزل بعدها بالمدينة سورة المائدة وزيد فيها على هذه المحرمات المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة . وصح عن رسول الله ﷺ تحريم كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير وتحريم الحمر الأهلية والكلاب ونحو ذلك وبالجملة فهذا العموم ... » .

(٥) الذكاة الذبح أو النحر . وفى الحديث « ذكاة الجنين ذكاة أمه » المعجم الوسيط . وكذا بلوغ المرام : رقم ١١٥٧ ص ٢١٠ وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٢٦١ ص ١٤١١ – ١٤١٢ .

ولو كان ذبح الأم سببا لخروج الدم عن الجنين لما تصور بقاؤه حيا . وإذا بقى الدم فى الجنين اختلط باللحم بحيث لا يمكن التمييز بينهما ، والدم حرام ، لقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ﴾[١] ، وما لا يمكن تناوله إلا بتناول الحرام ، كان حراما ضرورة .

فإن قيل : لا نسلم بأن الجنين إذا بقى فيه الدم يكون حراما .

وأما النص - قلنا : المراد منه - والله أعلم - الدم المسفوح[٢] ، لأنه وإن كان مطلقا ولكن وجد نص مقيد وهو قوله تعالى : ﴿ أو دما مسفوحا ﴾[٣] والمطلق يحمل على المقيد ، كما قلنا فى الرقيق[٤] .

ولئن سلمنا أن النص يقتضى تحريم مطلق الدم ، ولكن الله تعالى استثنى المذكى بقوله : ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾[٥] والجنين مذكى بالذكاة الاضطرارية ، وهى ذكاة الأم ، كما أن الجرح ذكاة الصيد . ولأن كون المحل حلالا أو مذكى أمر حكمى ، لأنه عبارة عن الطهارة الشرعية ، فيسرى إلى الولد بالتبعية ، كالرق والحرية فيكون الجنين مذكى بذكاة الأم حكما .

---

(١) المائدة : ٣ - راجع الهامش ٢ ص ٢٨٣ .

(٢) سفح الدمَ سَفْحا وسفوحا سفكه - المعجم الوسيط .

(٣) الأنعام : ١٤٥ - راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٢٨٣ و ٥ ص ٢٨١ .

(٤) راجع « كتاب العتاق » فيما تقدم ص ١٤٤ وما بعدها و « كتاب الأيمان » ص ١٨١ وما بعدها - قال السمرقندى فى التحفة ، ٢ : ٣٩٥ - ٣٩٧ : « والفصل الثالث - إعتاق الحمل . والأصل فيه أن الحمل يعتق بإعتاق الأم تبعا ، ويعتق بإضافة العتق إليه مقصودا أيضا ، لأنه أصل من وجه ، تبع من وجه ... » وانظر فيما يلى ص ٢٨٥ ... » .

(٥) المائدة : ٣ - راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ٢٨٣ - وفى المعجم الوسيط : ذكى الشاة ونحوها ذبحها .

١٠١ ثم هذا معارض بما روى أبو سعيد الخدرى / عن النبى ﷺ أنه قال : ذكاة الجنين ذكاة أمه »[١] - روى أبو عيسى الترمذى « حين سئل عليه السلام : إنا ننحر الجزور ويخرج من بطنها جنين ميت ، فنلقيه[٢] أم نأكله ؟ فقال : كلوه ، فإن ذكاة الجنين ذكاة أمه » .

الجواب :

قوله : بأن النص مطلق قابله مقيد - قلنا : لا نتمسك بإطلاقه بل بعمومه .

قوله بأن الجنين مذكى - قلنا : لا نسلم .

وأما الذكاة الاضطرارية والاختيارية فهى [تفيد] الحل [إذ] وجد خروج الدم المنجس[٣] : فيحل - أما ههنا بخلافه .

قوله : كونه مذكى أمر حكمى فيسرى إلى الولد - قلنا : كونه تبعا له : إن كان يقتضى الحل فقيام الدم به يوجب الحرمة مقصودا ، فلا يثبت حكم التبعية ، كولد الرقيق : إذا أعتق : لا يثبت الرق فيه[٤] تبعا - كذا هذا .

وأما الحديث - قالوا : المراد منه التشبيه .

والله أعلم .

١١٩ ـــ مسألة : لحم الخيل مكروه كراهة تحريم .

والوجه فيه - قوله تعالى : ﴿ والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة ﴾[٥] - فنقول :

---

(١) راجع فيما تقدم الهامش ٥ ص ٢٨٣ .

(٢) فى المعجم الوسيط : ألقى الشىءَ طرحه .

(٣) كذا فى الأصل « المنجس » .

(٤) راجع فيما تقدم الهامش ٤ ص ٢٨٤ . والتحفة ، ٢ : ٣٩٥ .

(٥) النحل : ٨ .

الآية خرجت مخرج الامتنان بذكر النعم ، والله تعالى ذكر الامتنان بنعمة الركوب والزينة . وترك الامتنان بنعمة الأكل . ولو كان حل الأكل ثابتا لما ترك الامتنان به ، لأن نعمة الأكل فوق نعمة الركوب والزينة ، لأن نعمة الأكل يتعلق بها البقاء دون غيرها ، ولا يحسن من الحكيم ترك الامتنان بذكر أعلى النعمتين والامتنان بذكر أدناهما ، فيحرم أكله .

فإن قيل : قولكم بأن الحكيم لا يترك الإمتنان بأعلى النعمتين ويذكر أدناهما – قلنا : المراد من النص ، والله أعلم ، ذكر الامتنان بنعمة مختصة بالخيل والبغال والحمير ، وذلك هو الحمل والركوب والزينة . أما نعمة الأكل [فـ] لا تختص هذه الأشياء [بها] ، بل هى ثابتة فى غيرها ، فترك الامتنان لا يدل على الحرمة .

ولئن سلمنا أن المقصد من النص الامتنان بمطلق النعمة ، ولكن لا نسلم بأن نعمة الأكل فوق نعمة الركوب والحمل .

قوله : بأنه يتعلق بها البقاء – قلنا : نعم ، ولكن غيره يسد مسده وهو البقر والغنم . أما منفعة الركوب والزينة فى الخيل / [فـ] منفعة لا يسد غيرها مسدها . ١/١٠٢

ثم التعليل معارض بالعمومات التى تثبت فى متروك التسمية ، وبالحديث . وهو ما روى عن جابر بن عبد الله[١] : « أن رسول الله ﷺ نهى عن لحوم الحمر الأهلية وأذن فى لحوم الخيل »[٢] أخرجه البخارى ومسلم فى الصحيحين .

---

(١) جابر بن عبد الله هو أحد المكثرين الرواية عن رسول الله ﷺ . وممن روى عنهم أبو بكر وعمر وعلى وأبو عبيدة ومعاذ . وروى عنه جماعات من أئمة للتابعين منهم سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار . وقد توفى بالمدينة سنة ٧٣ وقيل سنة ٧٨ وقيل سنة ٦٨ . وهو ابن أربع وتسعين سنة – النووى ، التهذيب .

(٢) – انظر : بلوغ المرام ، رقم ١١٣٥ ص ٢٠٦ . وسبل السلام : ٤ ، رقم ١٢٣٩ ، ص ١٣٨٧ .

الجواب :

أما قوله بأن المقصد منه الامتنان بالمنافع المختصة بهذه الأشياء - قلنا : وجه الامتنان لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الأشياء ولا يتعلق برجوع هذه المنافع إلى العباد ، على أن منفعة الركوب والزينة لا تختص بهذه الحيوانات بل توجد فى غيرها وهو الجمل[١] .

قوله : لم قلتم بأن منفعة الأكل فوق غيرها - قلنا : لأنه يتعلق بها البقاء .

قوله : بأن غير الخيل يسد مسدها - قلنا : وغير الخيل[٢] أيضا يسد مسد الركوب والزينة على ما ذكرنا . فإذا ترك ذكر نعمة الأكل دل على حرمة الأكل .

وأما الحديث - قالوا بأنه معارض بقوله تعالى : ﴿ والعاديات ضبحا ﴾[٣] - أقسم بالخيل لكونه آلة الجهاد ، فلا يجوز أكله تعظيما له .

---

(١) فى الأصل كذا « الحمل » .

(٢) فى الأصل كذا : « الخليل » .

(٣) العاديات : ١ . وضبحت الخيل صوتت أنفاسُها فى جوفها حين العدو - المعجم الوسيط . وانظر : الشوكانى ، فتح القدير ، ٥ : ٤٨١ - ٤٨٢ .

[١٤ مكررا - الأضحية]

١٢٠ - مسألة : الأضحية واجبة على الأغنياء البالغين المقيمين .

والوجه فيه - ما روى عن البراء(١) بن عازب قال : خطبنا النبى ﷺ يوم الأضحى بعد الصلاة فقال : « من صلى صلاتنا ونسك نسكنا فقد أصاب النسك . ومن نسك قبل الصلاة فلا نسك له . فقال : أبو بردة بن نيار(٢) خال البراء : يارسول الله : إنى نسكت شاتى قبل الصلاة وعرفت أن اليوم يوم أكل وشرب وأحببت أن تكون شاتى أول ما يذبح فى بيتى فذبحت شاتى وتغديت قبل أن آتى الصلاة قال شاتك شاة لحم . قال يارسول الله : فإن عندنا عَنَاقا(٣) هى أحب إلى من شاتين أفتجزىء عنى ، قال نعم ، ولن تجزىء عن أحد بعدك » متفق على صحته .

٢/١٠٢ وروى جرير بن عبد الله / البجلى(٤) : قال : صلى ﷺ يوم النحر ثم خطب ثم ذبح وقال : « من ذبح قبل أن يصلى فليذبح أخرى مكانها ومن لم يذبح فليذبح باسم

---

(١) فى الأصل كذا : « البر » - وانظر : ابن قدامة ، المغنى ، ٨ : ٦٣٧ . استصغره رسول الله ﷺ يوم بدر وجماعة . وقيل أول غزوة شهدها الخندق . وقيل إنه افتتح الرى سنة ٢٤ صلحا أو عنوة . وشهد مع على كرم الله وجهه الجمل وصفين والنهروان ثم نزل الكوفة ومات بها أيام مصعب بن الزبير - ابن عبد البر ، الاستيعاب .

(٢) أبو بردة بن نيار اسم هانى بن نيار وهذا قول أهل الحديث وقيل هانى بن عمرو وهذا قول أبى اسحاق . وقيل بل اسمه الحارث بن عمرو . كان رضى الله عنه عقبيا بدريا شهد العقبة الثانية مع السبعين فى قول موسى بن عقبة وابن اسحاق والواقدى وأبو معشر . شهد بدرا وسائر المشاهد وكانت معه راية بنى حارثة فى غزوة الفتح . قال الواقدى : توفى فى أول خلافة معاوية بعد شهوده مع على حروبه كلها - ابن عبد البر - الاستيعاب .

(٣) العَناق الأنثى من أولاد المعيز والغنم حين الولادة إلى تمام الحول - المعجم الوسيط .

(٤) جرير بن عبد الله البجلى . يكنى أبا عمر وقيل أبا عبد الله . وقيل إنهم من ولد أنمار بن نزار . وأمهم بجيلة نسبوا إليها وهى بجيلة بنت صعب بن على بن سعد العشيرة . قال ابن اسحاق : كان سيد قبيلته . أسلم فى العام الذى توفى فيه رسول الله ﷺ . ونسب إليه قوله : إنه أسلم قبل =

الله »(١) متفق على صحته : أمر ، والأمر يقتضى الوجوب .

فإن قيل : لا نسلم بأن الأمر للوجوب .

ولئن سلمنا أن الأمر للوجوب ، ولكن يجوز حمله على الندب إذا دل الدليل ، وقد دل الدليل ، وهو الكتاب والسنة والحكم :

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى : ﴿ والبدن جعلناها لكم ﴾(٢) وكونه مشروعا لنا ينفى كونه واجبا علينا .

أما السنة - [ف] قوله عليه السلام : « ثلاث كتبت على وهى لكم سنة » وفى رواية « ولم تكتب عليكم : الوتر والضحى والأضحى »(٣) وقوله عليه السلام : « ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم » والسنة لا تكون واجبة .

= موت رسول الله ﷺ بأربعين يوما . قيل وبعثه رسول الله ﷺ إلى ذى كلاع وذى رعين باليمن . نزل الكوفة وسكنها ومات سنة ٥٤ أو ٥١ . وكان رسول على رضى الله عنه إلى معاوية رحمه الله ، فحبسه مدة طويلة . ثم رده برق مطبوع غير مكتوب . وروى عنه أنس بن مالك وقيس بن أبى حازم وغيرهما - ابن عبد البر ، الاستيعاب .

(١) الحديث وهو قوله عليه السلام : « من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته . ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين » وقال عليه السلام : « إن أول نسكنا فى هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية » الهداية ، ٤ : ٥٣ - ٥٤ .

وانظر : بلوغ المرام ، رقم ١١٦٠ و ١١٦١ ص ٢١١ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٢٦٥ و ١٢٦٦ ص ١٤١٦ - ١٤٢٠ . وفى سبل السلام ، ٤ : ١٤١٨ : « .. عن جندب بن سفيان هو أبو عبد الله جندب بن سفيان البجلى العلقمى الأحمسى » . وابن قدامة ، المغنى ، ٨ ، ٦٣٧ .

(٢) الحج : ٣٦ - ﴿ والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير ﴾ .

(٣) فى سبل السلام ، ٤ : ١٤١٧ : « .. أخرجه البيهقى أيضا من حديث ابن عباس أنه قال ﷺ : « ثلاث هن على فرض ولكم تطوع ، وعد منها الضحية .. » وأخرجه أيضا من طريق أخرى بلفظ : « كتب على النحر ولم يكتب عليكم » وفى ابن قدامة ، المغنى ٨ : ٦١٨ : « .. روى الدارقطنى عن ابن عباس بإسناده عن النبى ﷺ قال : « ثلاث كتبت علىَّ وهن لكم تطوع » وفى رواية « الوتر والنحر وركعتا الفجر » .

وأما الحكم - فإنه يحل تناول لحم الأضحية ، فلو كان [ت] واجبة لكانت واجبة خالصة لله تعالى ، لقوله عليه السلام : « من عمل عملا أشرك فيه غيرى فهو للذى أشرك » وحل الأكل منه ينفى الخلوص لله . ولأنا أجمعنا على أنه لو فاتت عن وقتها لا يجب القضاء ، ولو كانت واجبة لوجب القضاء كسائر الواجبات . وكذلك أجمعنا على أنه لا يجب على المسافر ، ولو كانت واجبة لوجبت عليه ، لأنها عبادة مالية لا تسقط بالسفر ، كالزكاة وصدقة الفطر .

الجواب :

أما الآية - قلنا : لا نسلم بأن كونه واجبا علينا ينافى كونه مشروعا ، بل يقرره ، لأن المقصود من إيجابها إقامة المصالح للعباد ، فلا ينفى كونه واجبنا علينا .

وأما الحديث الأول والثانى - فتسميته سنة لا ينفى الوجوب ، لأن الواجب يسمى سنة بمعنى أنه طريق رسول الله ﷺ .

على أن ما روينا من الأحاديث متفق على صحتها ، فلا يعارضها الحديث الضعيف .

قوله : يحل الأكل منه - قلنا : بلى ، ولكن لِمَ ينفى الوجوب ؟ .

قوله : الواجب ما يكون خالصا لله - قلنا : هذا باطل بالزكاة ، فإنها فريضة شرعت / لنفع العباد - كذا هذا / على أن الواجب فيه إراقة الدم لا غير . ١/١٠١

قوله : لو فاتت لا يجب قضاؤها - قلنا : هذا باطل بالجمعة ، فإنها واجبة ، ولو فاتت لا يجب قضاؤها ، لأن الجمعة عبارة عن ركعتين مع الخطبة ، على أنه يجب التصدق بقيمته .

وأما عدم الوجوب على المسافر فلأن الإقامة من[١] شرطه ، كالجمعة .

---

(١) قال السمرقندى فى التحفة ، ٣ : ١١٣ : « قال أصحابنا : إن الأضحية واجبة على المقيمين من أهل الأمصار والقرى والبوادى ، من الأعراب والتركمان .. وأجمعوا أنها لا تجب على المسافرين » .

[١٥]

٣٠

كتاب الهبة

١٢١ ـ **مسألة** : هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تتم ولا تفيد[١] الملك قبل القسمة . وعنده تامة[٢] .

وأجمعوا على أن هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة ، كالعبد والدابة ، تامة .

والوجه فيه – أن هذه الهبة لو أفادت الملك قبل القسمة لا يخلو : إما أن تفيد ملكا يمكنه من جميع الانتفاعات المختصة بالملك فى هذا المحل المتحققة قبل القسمة وبعدها ، أو تفيد ملكا يمكنه من الانتفاعات التى [تـ] ـتحقق قبل القسمة دون ما يتحقق بعد القسمة .

لا وجه للأول – لأن الانتفاع الذى[٣] لا يتعلق بالقسمة لا يتحقق إلا بعد القسمة . ولو تمكن من ذلك ، لثبت له ولاية طلب القسمة ، وليس له ذلك بالإجماع .

ولا وجه للثانى – لأن الملك فى كل محل ، ما شرع إلا مفيدا ولاية كل الانتفاعات المشروعة التى يقبلها المحل .

فإن قيل : لم قلتم بأنه لا يجوز أن تفيد ملكا يمكنه من جميع الانتفاعات قبل القسمة وبعدها ؟ .

قوله : لأنه حينئذ يثبت له ولاية طلب القسمة وليس له ذلك – قلنا : لا نسلم بأنه ليس له ذلك . ودعوى الإجماع باطل ، بل له ذلك .

---

(١) فى الأصل : « لا يتم ولا يفيد .. » انظر العبارة التالية .

(٢) راجع : السمرقندى ، التحفة ، ٣ : ٢٥٧ وما بعدها والهامش ١ ص ٢٩٤ فيما يلى .

(٣) فى الأصل : « التى » .

بيانه : إن حق طلب القسمة للموهوب له إنما يُثبت تملك الموهوب له الباقى بعد الهبة[١] ، والملك الباقى بعد الهبة غير مضاف إلى الهبة حتى يكون حق الطلب مضافا إلى الهبة . وهذا لأن الملك إنما يفيد له ولاية طلب القسمة ليتمكن من الانتفاع به على الكمال وهذا إنما يكون فى الزمان الثانى من زمان الهبة . وبقاء الملك لا يضاف إلى الهبة ، لأن المضاف / إلى السبب ثبوت الحكم لا بقاؤه . ٢/١٠٣

والدليل على ثبوت ولاية طلب القسمة أنه لو وهب كل الدار من رجل ، ثم رجع فى النصف شائعا ، جاز عندكم ويبقى للموهوب له الملك فى النصف الشائع بالهبة على وجه يفيد ولاية طلب القسمة - دل عليه أنه لو أوصى بثلث داره شائعا ، يصح ويثبت الملك قبل القسمة ، ولا فرق بين الهبة والوصية إلا من حيث إن هذا تمليك فى الحال وذاك تمليك عند الموت .

فإذا كان المشاع قابلا للملك فى الوصية ، كان قابلا له فى الهبة .

ولئن سلمنا أنه لا يثبت ملك يمكنه من جميع الانتفاعات ، لم لا يثبت ملك يفيد[٢] ولاية الانتفاعات التى تتحقق قبل القسمة .

قوله : لم يشرع ذاك - قلنا : لا نسلم ، بل المنقول عن الشافعى ثبوت الملك قبل القسمة ، ولأن فائدة الملك هو الانتفاع ، والانتفاع بالمشاع قبل القسمة متصور انتفاعا يليق به .

ثم التعليل معارض بما روى عن النبى ﷺ أنه لما دخل المدينة نظر إلى موضع

---

(١) هذا نقد لقوله فى المسألة : إن هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تتم ولا تفيد الملك قبل القسمة . وخلاصة هذا النقد أن الملك فى هذه الصورة يثبت بعد القسمة أى بعد الهبة .فكيف يضاف إلى الهبة ؟ .

(٢) فى الأصل : « تعيد » أو « يفيد » وسيأتى فى الجواب التعبير بكلمة « يفيد » .

المسجد فوجده مشتركا بين أسعد بن زرارة[١] وبين رجلين فاستباع أسعد نصيبهما ليهب الكل من رسول الله ﷺ فأبيا ، فوهب أسعد نصيبه منه وقبل النبي ﷺ .

الجواب :

قوله : إن حق طلب القسمة إنما يثبت بملك الموهوب له ، والملك بعده غير مضاف إلى الهبة – قلنا : لا نسلم ، بل لزوم القسمة مضاف إلى الهبة ، لأنه حكم الملك الثابت بالهبة ، فكان مضافا إلى الهبة .

بيانه – أن استحقاق القسمة باعتبار استحقاق الانتفاع على سبيل الكمال ، وإنه حكم الملك ، والملك حكم الهبة ، فكان مضافا إلى الهبة بواسط[٢] .

وأما إذا وهب كل الدار ثم رجع فى النصف – قلنا : الملك الثابت للموهوب له فى الكل يفيد ولاية جميع الانتفاعات التى يقبلها المحل . فإذا رجع فى النصف شائعا بقى عين ذلك الملك ، ولم يتغير ، فبقى / مفيدا ولاية القسمة .

٠٤

وأما الوصية – قلنا : الوصية عقد استخلاف لا تملك ابتداء ، فإذا صار الموصى له خلف المورث كواحد من الورثة ، ثبت له من الملك ما كان ثابتا لمورثه – أما ههنا بخلافه .

قوله : لم لا يثبت له ملك يمكنه[٣] من الانتفاعات المتحققة قبل القسمة ؟ قلنا : لما ذكرنا .

---

(١) أسعد بن زرارة كان عقبيا نقيبا شهد العقبة الأولى والثانية وبايع فيهما ومات على رأس ستة أشهر من الهجرة ومسجد رسول الله ﷺ يبنى يومئذ . وذلك قبل بدر ودفن بالبقيع . وهو أول مدفون من الأنصار به ، وقيل إنه أسلم مع النفر الستة الذين سبقوا قومهم إلى الإسلام بالعقبة الأولى – ابن عبد البر ، الاستيعاب .

(٢) وسط الشيءَ صار فى وسطه والوسْط طرف بمعنى « بين » . ووسط الشيءَ فهو واسط ووسط القوم وفيهم وساطة توسط بينهم بالحق والعدل – المعجم الوسيط .

(٣) فى الأصل : « لا يمكنه » راجع ما تقدم .

قوله : عند الشافعي يجوز - قلنا : ليس كذلك - بل المنقول عنه أن هذه الهبة فى **إفادة الملك مثل هبة مشاع**[١] **لا يقسم** .

وأما الحديث - قلنا : يحتمل أنه وهب ولم يسلم حتى ملك الباقى فسلم[٢] الكل . وعند ذلك يثبت الملك عندنا .

١٢٢ ــ **مسألة** : الهبة من الأجنبى لا تقع لازمة ، حتى يملك الواهب الرجوع فيه . وعنده لازمة . وأما الوالد إذا وهب لولده فالخلاف على عكس هذا . وأجمعوا على أنه لو وهب لزوجته أو لذى رحم محرم منه ، لا يملك الرجوع .

والوجه فيه - أن الهبة عقد قابل للفسخ ، وقد فات غرض العاقد ، فيثبت حق الفسخ ، قياسا على ما إذا اشترى عبدا فوجده معيبا .

وإنما قلنا إنه عقد قابل للفسخ - لأنا أجمعنا على أنهما لو تفاسخا عقد الهبة ينفسخ ، ولو لم يكن قابلا للفسخ لما انفسخ .

وإنما قلنا إن غرض العاقد قد فات - وذلك لأن غرض الواهب المجازاة من الموهوب له : إما بطريق التودد أو بطريق المعاوضة ، لأنه لو لم يكن هذا غرضه ، لما أقدم على الهبة ، لما فيه من الضرر . ولو حصل غرضه لما أقدم على الرجوع . ولأن الكلام فيما إذا امتنع الموهوب له عن المجازاة ، فثبت حق الرجوع .

فإن قيل : قولكم بأن غرض الواهب المجازاة المالية[٣] - قلنا : لا نسلم ، بل

---

(١) قال فى التحفة : ٣ : ٢٥٧ : « وقال الشافعى : هبة المشاع جائزة » (أى مطلقا سواء كان يحتمل القسمة أو لا يحتمل القسمة) وقال ابن قدامة فى المغنى : ٥ : ٦٥٥ : « فصل - وتصح هبة المشاع ، وبه قال مالك والشافعى . قال الشافعى سواء فى ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن . وقال أصحاب الرأى : لا تصح هبة المشاع الذى يمكن قسمته .. فإذا كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته ...» .

(٢) هذه الكلمة « فسلم » غير ظاهرة كلها فى الأصل .

(٣) فى الأصل : « المالى » .

الغرض منه اكتساب الحمد والثناء ، والثواب - هذا هو عادة أغلب الناس ، أما اللئام فلا ينبى الحكم على عاداتهم - دل عليه أنه لو جازاه بشيء يسير لا يبقى له حق الرجوع بالإجماع ، على أن الغرض ما هو الذى[١] ذكرتم .

٤ ٢/١ ولئن سلمنا أن الغرض ما ذكرتم ، ولكن لم قلتم / بأنه فات غرضه ؟ وهذا لأن الموهوب له ما دام حيا لا يقع اليأس عن المكافأة وصار هذا كما إذا زاد الموهوب زيادة متصلة أو هلك أو مات أحد العاقدين ينقطع حق الرجوع فى هذه الصور ، ولو كان حق الرجوع ثابتا لما سقط بهذه الأشياء .

ثم التعليق معارض بالنص والمعقول :

أما النص - [فـ] ما روى عن ابن عباس أن النبى ﷺ قال : « العائد فى هبته كالعائد فى قيئه[٢] » متفق على صحته . وروى أبو داود وأبو عيسى بإسنادهما عن عبد الله بن عباس يرفعان الحديث إلى النبى ﷺ قال : « لا يحل لأحد يعطى عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده » - زاد أبو داود « ومثل الذى يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاء ثم عاد فى قيئه »[٣] .

وأما المعقول - وهو أن الرجوع فى الهبة إبطال ملك معصوم بغير رضا المالك : لأن[٤] ملكه قد تم . ولهذا لو كانت جارية حل له وطؤها ونفذ إعتاقها، فلا يجوز إبطال ملكه المعصوم ، كسائر أملاكه ، وصار هذا كهبة المحارم .

---

(١) فى الأصل قد تكون « للذى » مع اشتباك الحروف ببعضها - انظر العبارة التالية .

(٢) فى بلوغ المرام ، رقم ٧٨٧ ، ص ١٤٢ : « العائد فى هبته كالكلب يقيء ثم يعود فى قيئه » متفق عليه . وفى رواية للبخارى : « ليس لنا مثل السوء ، الذى يعود فى هبته كالكلب يرجع فى قيئه .

(٣) فى بلوغ المرام ، رقم ٧٨٨ ، ص ١٤٢ : « لا يحل لرجل مسلم أن يعطى العطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده » وفيه رقم ٧٩٦ ص ١٤٤ : « من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب عليها » .

(٤) فى الأصل كذا : « إلا أن ملكه » .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن غرضه المعاوضة ، بل غرضه الثواب أو الثناء - قلنا : لما أقدم على الهبة وفيها إزالة ملكه الذى يتعلق به مصلحة البقاء ، دل أن غرضه الوصول إلى مصلحة البقاء ، وهذا أبلغ فى السببية من غير [ه] ، فإضافة الأثر إليه أولى .

قوله : بأنه عادة اللئام - قلنا : لا نسلم ، بل هو عادة أوساط الناس ، والحكم ينبى عليها .

وأما إذا عوضه بشىء يسير - قلنا : لأنه لما قبله علم أن غرضه كان هذا القدر ، أما قبل القبول فلا .

قوله - لم قلتم بأنه فات غرضه - قلنا : لأن الواهب لما أقدم على الرجوع دل أن احتمال الوصول إلى غرضه قد فات للأمارات التى دلت عليه ، وليس للواهب المطالبة بالعوض .

وأما إذا ازداد الموهوب - قلنا : لأن ثم تعذر الرجوع لمكان الزيادة التى لم تكن / ١٠٥/١ موجودة عند العقد .

وأما إذا مات الواهب - فحق الرجوع ليس مما يورث .

وأما إذا مات الموهوب له - فكذلك طلب العوض[1] من الوارث لا يجوز .

وأما إذا هلك الموهوب - فلأن المحل فات .

وأما هبة المحارم ، فلأن الغرض قد حصل ، وهو صلة الرحم - أما ههنا بخلافه .

وأما الأحاديث - قلنا : الأحاديث تقتضى قبح الرجوع - ودل عليه أنه روى فى

---

(١) فى الأصل كذا : « العرض » .

رواية أنه شبه بالكلب[١] ، وفعله لا يوصف بالحل والحرمة بل بالقبح ، ونحن نقول به ، ولكن لو فعل صح .

وأما قوله : إنه إبطال ملك معصوم – قلنا : ليس هو ملك لازم ، بل مشروط بشرط خيار الإبطال عند فوات الغرض لما قلنا ، على أنه لا يبطله بنفسه بل بالمرافعة إلى القاضى ، فيبطله القاضى[٢] .

---

(١) راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ٢٩٥ .

(٢) فى الهامش كلمتان غير مقروءتين . ولعل المقصود بهما « روجع عليه » كما تقدم فى بعض المواضع .

[١٦]

كتاب البيــوع

١٢٣ - [**مسألة**] : البيع الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به .

والبيع الفاسد هو بيع الدرهم بالدرهمين ، والبيع بثمن مجهول ، وبالخمر وغيرها .

والوجه فيه - أن مقابلة الدرهم بالدرهمين بقوله « بعت » و « اشتريت » تصرف بيع ، **فوجب أن لا يعرى عن إفادة الملك ، قياسا على بيع الدرهم بالدرهم .**

وإنما قلنا ذلك - لأنه متصور الوجود ، بدليل ورود النهى فيه ، والنهى إنما يكون عن المتصور ، أما عن المحال فلا .

وإذا كان كذلك وجب أن لا يعرى عن إفادة الملك ، لأن البيع فى الشرع اسم لنوع تصرف جعل علما على ثبوت الملك ، وقد وجد .

فإن قيل : قولكم بأنه تصرف بيع - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأنه متصور - قلنا : لا نسلم . وبيان عدم التصور أن البيع تمليك ، والتمليك بدون الملك لا يتصور ، والملك قبل القبض لم يثبت ، فلا يثبت وقت القبض ، لأنه قول تلاشى وانعدم .

قوله : نهى والنهى يقتضى التصور - قلنا : لا نسلم بأنه نهى ، بل هو نسخ ، لأنه أضاف إلى الفعل الشرعى ، فيكون نهيا صورة نسخا معنى .

٢/١٠٥ ولئن / سلمنا أنه نهى ولكن عن البيع أو عن غير البيع ؟ ع - وهو يخالف مذهبكم ، لأن عندكم النهى عن الشرعيات نهى عن أغيارها[١] . والثانى[٢] مسلم ، ولكنه لا يقتضى تصور البيع .

---

(١) كذا تبدو فى الأصل .

(٢) فى الأصل كذا : « والثا » .

ولئن سلمنا أنه تصرف بيع ، ولكن لم قلتم بأنه لا يعرى عن إفادة الملك ؟ .

قوله : بأن البيع فى الشرع اسم لنوع تصرف جعل علما على ثبوت الملك – قلنا : كل البيوع أم بعضها ؟ ع م . وهذا لأن سبب الملك هو البيع الصحيح دون الفاسد .

والدليل على أن هذا البيع لا يفيد الملك ، لأنه يفيد التملك عندكم فى القيمة لا فى المسمى[1] ، والبيع ورد على المسمى . ولأنا أجمعنا على أنه يستحق نقضه ، ولو كان دارا لا يثبت فيها حق الشفعة ، ولو باع بالميتة والدم لا يفيد الملك ، ولو باع الخمر بالثوب كان باطلا[2] ، وصار كالنكاح الفاسد ، فإنه لا يفيد ملك النكاح – كذا هذا . ولأنا أجمعنا على أن البيع لو كان جارية لا يحل له وطؤها – وكل ذلك دليل انتفاء الملك .

الجواب :

أما قوله بأن البيع تمليك ، والتمليك بدون الملك لا يتصور – قلنا فى الحال أم فى الجملة ؟ م ع . وعندنا يفيد الملك فى الجملة ، وهو ما بعد القبض .

قوله : بأن هذا نهى أم نسخ ؟ – قلنا : نهى بصيغته حقيقةً .

قوله : النهى عن الفعل الشرعى نسخ ؟ قلنا : بلى ، هو نهى لغيره لا لعينه ، على ما عرف .

قوله : نهى عن عين البيع أو عن غيره – قلنا : سواء كان عن عينه أو عن غيره لا يمنع التصور .

قوله : كل البيوع سبب للملك أم بعضها – قلنا : كلها – لقوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع ﴾[3] .

(١ ـ ٢) التعبير الموجود فى كتب الفقه – فى حدود علمنا : بالقيمة لا بالمسمى – انظر ـ : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٨٣ – ٨٤ .

(٣) البقرة : ٢٧٥ . وفى الأصل : « أحل » .

قوله : لا يفيد الملك فى المسمى – قلنا : لما ثبت أن البيع يفيد الملك وهنا لا يفيد فى المسمى فيفيد فى القيمة(١) .

قوله : يستحق نقضه – قلنا : لأنه جاوره الحرام .

وإنما لا تثبت الشفعة لأن هذا الملك واجب النقض .

وأما إذا باع بالميتة – قلنا : هذا ليس ببيع لعدم المال فى مقابلته – أما ههنا بخلافه .

وأما إذا باع الخمر بالثوب – قلنا : ثم أيضا يفيد الملك(٢) .

١٠٦/١ وأما النكاح الفاسد / أيضا – [فـ] يفيد الملك ، ولهذا يثبت النسب وتجب العدة(٣) .

وأما حل الوطء – قلنا : إذا ثبت الملك يقع التصرف مباحا فى نفسه ، وإن كان حراما لغيره ، كوطء الحائض .

١٢٤ ـــ **مسألة** : إذا باع قفيز جص بقفيزى جص ، لا يجوز .

والوجه فيه – أن هذا بيع لا يعرى عن المنازعة ، بقضية الدليل ، فوجب القضاء بفساده ، قياسا على قفيز حنطة بقفيزى حنطة .

وإنما قلنا ذلك – لأنه بيع لا يعرى عن الفضل على المساواة عرفا ، لأن القفيز الواحد من الجص مثل القفيز الواحد عرفا ، فكان الزائد فضلا ، فيؤدى إلى المنازعة ، لأن الذى شرط له الفضل يطالبه بالتسليم ، ومن شرط عليه امتنع تحرزا عن الضرر ، فيؤدى إلى

---

(١) راجع فيما تقدم الهامش ١ ـــ ٢ ص ٢٩٩ .

(٢) راجع : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٨٣ وما بعدها .

(٣) راجع السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ١٧٤ وما بعدها .

المنازعة ، والمنازعة ضرر ، لما فيها من الإيحاش[١] ، لأنها مانعة من التسليم والتسلم ، فيفوت الغرض المطلوب من البيع ، فيفسد[٢] البيع .

فإن قيل : قولكم بأن الفضل يؤدى إلى المنازعة – قلنا : لا نسلم .

قوله : لأن من شرط عليه الفضل يمتنع عن التسليم تحرزا عن الضرر – قلنا : لا نسلم ، بل يقدم على التسليم لاحتمال أن يكون مقابلا بالجودة ، نظرا إلى ظاهر حاله ، لأن العاقل لا يتحمل محض الضرر ، أو يقدم على التسليم إنعاما على صاحبه ، أو لأن عقله ودينه يحملانه على التسليم الذى التزمه[٣] بالعقد .

ولئن سلمنا أنه مفض إلى المنازعة ، ولكن لم قلتم بأنه لا يجوز ؟ .

قوله : لأنها مانعة من التسليم والتسلم – قلنا : إنما يمتنع التسليم إذا لم يكن لهذه المنازعة قاطع ، أما إذا كان فلا ، وهذه المنازعة لها قاطع وهو المرافعة إلى القاضى – دل عليه أنه لو باع ما يساوى ألفا بعشرة يصح ، وإن وجد دليل المنازعة وهو الضرر ، لكن لما كان له قاطع لا يفسد – كذا هذا ، وصار كما إذا باع جوزة بجوزتين أو بيضة ببيضتين أو تفاحة بتفاحتين ، فإنه يحق عندكم مع ما ذكرتم .

الجواب :

أما قوله بأنه يستفيد الجودة – قلنا / : عنه جوابان : أحدهما – أنا نفرض الكلام فيما إذا باع الجيد بالجيد والردىء بالردىء . والثانى – إن صفة الجودة لا تعدم الضرر الناشىء من الفضل ، لأنها لا تبلغه غالبا . ١٠٦

وأما غرض الإنعام – فالعقد لا يدل عليه ، لأنه عقد معاوضة ، لا عقد تبرع .

---

(١) فى الأصل كأنها كذلك دون أى نقط . وأوحش فلان جاع ونَفِد زاده . والوحشة من الناس الانقطاع وبعد القلوب عن المودات – المعجم الوسيط .

(٢) فى الأصل كذا : « فمقد » .

(٣) فى الأصل كذا : « اللنتربه » – انظر ما يرد بعد فى الجواب وفى قوله : « على التسليم الملتزم » .

قوله : بأن عقله ودينه يحملانه على التسليم الملتزم – قلنا : ذاك يحتمل ، وما ذكرناه من ضرر المنازعة قطعى ، والقطعى لا يعارضه[١] المحتمل .

قوله : إنما يمتنع التسليم إذا لم يكن لهذه المنازعة قاطع ، ولها قاطع وهو المرافعة إلى القاضى – قلنا : يحتمل أنه يرافع إلى القاضى ويحتمل أنه لا يرافع لما فيه من المشقة وضرر الخصومة ، على أنه لا يجب على القاضى تكليفه بالتسليم ، لأن فيه ضررا[٢] ، بل له أن يفسخ البيع دفعا للضرر .

وأما إذا باع ما يساوى ألفا بعشرة – قلنا : لا منازعة . ثم يجوز أن يتعلق غرضه بغير الدراهم ولا يشترى بقيمة المثل ، فيتحمل الغبن تحصيلا لغرضه – أما ههنا بخلافه .

وأما بيع الجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين – فممنوع . ولئن سلم ، فلأن التساوى فى تلك الفصول دون التساوى ههنا .

١٢٥ ـــ **مسألة** : التقابض فى بيع الطعام بالطعام ليس بشرط لجواز البيع .

والوجه فيه – أن التقابض فى المجلس لا يقف عليه ركن البيع ، وهو الإيجاب والقبول ولا المصلحة المطلوبة من البيع ، وهى التمكن من الانتفاع بالمبيع ، لأن التمكن من الانتفاع ثابت قبل القبض بواسطة القبض – لهذا المعنى صح العقد فى غير المطعوم بدون القبض ، فيصح هنا .

فإن قيل : هذا باطل بعقد الصرف ، فإنه لا يصح بدون التقابض مع ما ذكرتم .

ثم نقول : لا نسلم بأن التقابض لا يقف عليه مصلحة البيع .

قوله : لأن التمكن من الانتفاع ثابت بواسطة القبض – قلنا : متى – إذا تمكن من القبض أم إذا لم يتمكن ؟ م ع – وظاهر أنه لا يتمكن ، لأنه يتوقف على سلامة الآلة للمشترى وبقاء المحل وعدم الندامة من البائع .

---

(١) فى الأصل : الظاهر أنها كانت « لا يعارض » ثم صححت إلى « لا يعارضه » .

(٢) فى الأصل : « ضرر » .

١٠٧/أ

ولئن سلمنا أن القبض فى المجلس لا يقف عليه ركن البيع / ولا مصلحته ولكن لم قلتم بأنه لا يفسد البيع ، لانعدام القبض ، وظاهر أنه يفسد لوجهين : أحدهما - تمكن شبهة الربا[١] ، **لأن للنقد[٢] فضلا على النسيئة بالعرف[٣]** . **والثانى - الغرر لاحتمال هلاك المعقود عليه .**

ثم هذا معارض بما روى عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله ﷺ : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح ، مثلا بمثل ، سواء بسواء ، يدا بيد . فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يدا بيد »[٤] - **وفى لفظ « عينا بعين - فمن زاد أو ازداد فقد أربى »[٥] أخرجه مسلم فى** صحيحه وفى حديث عمر : « البر بالبر ربا إلا هاء وهاء . والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء »[٦] متفق على صحته .

الجواب :

أما عقد الصرف - قلنا : ثم تمام العقد والمصلحة المطلوبة منه يقف على القبض ، لأن الانتفاع ثمة لا يحصل إلا بالتعيين ، لأن الدراهم والدنانير عندنا لا يتعينان ، فلابد من القبض ، ليحصل التعيين ، فيحصل الانتفاع - أما ههنا بخلافه .

---

(١) سيأتى فيما بعد أن « حقيقة الربا هو الفضل من كل وجه ، وشبهة الربا الفضل من وجه » (انظر فيما يلى ص ٣٠٩ فى المسألة ١٢٧ .

(٢) فى الأصل : « النقد » .

(٣) كلمة « بالعرف » غير واضحة كلها .

(٤) راجع : بلوغ المرام ، رقم ٦٩٦ ، ص ١٢٥ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٧٨٤ ص ٨٤٥ والسرخسى ، المبسوط ، ١٢ : ١١٠ .

(٥) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٦٩٧ ص ١٢٥ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٧٨٥ ص ٨٤٦ : وفيهما : « ... فمن زاد أو استزاد فهو ربا » رواه مسلم .

(٦) أورد الشوكانى فى نيل الأوطار ، ٥ : ١٦٣ - ١٦٦ الحديث على الوجه الآتى : « عن عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله ﷺ : الذهب بالوَرِق ربا إلا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء » متفق عليه .

ولا يلزم على هذا ما إذا باع القُلب بالقُلب[١]، فإنه يشترط القبض، وإن كان يتعين، لأنا نقول هذا فرد ألحقناه بالجملة .

قوله : لم قلتم بأن التمكن من القبض ثابت - قلنا : لسلامة الآلات وزوال المانع . أما سلامة الآلات فظاهر . وكذا زوال المانع ، لأن المانع يقدم على التسليم ، لحصول الثمن غالبا وظاهرا .

قوله : بأن فيه شبهة الربا لكون النقد.[فيه فضل على النسيئة بالعرف][٢]- قلنا : لا نسلم ، بل هو نقد ، لأن ما يكون قادرا على قبضه فهو نقد وليس بنسيئة .

وأما الغرر فذاك لا يوجب فساد العقد حالة العقد ، وإنما ينفسخ العقد بعد هلاك المعقود .

وأما الأحاديث فيعارضها قوله[٣] تعالى : ﴿ وأحل الله البيع ﴾[٤] مطلقا من غير فصل . غاية ما فى الباب أن هذا عام وذاك خاص - ولكن هذا كتاب وذاك حديث ، والكتاب أولى .

١٢٦ ــ **مسألة** : إذا باع درهما ودينارا بدرهمين ودينارين أو باع كر حنطة وكر شعير بكرى حنطة / وكرى شعير - يصح البيع ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس . ٢/١٠٧

والوجه فيه - أن هذا بيع عرى عن الربا ، فوجب القول بصحته ، قياسا على ما إذا نص على مقابلة الدرهم بالدينارين والدينار بالدرهمين .

---

(١) القُلْبُ السوار يكون نظما واحدا - المعجم الوسيط .

(٢) هذه العبارة مأخوذة مما تقدم .

(٣) فى الأصل : « بقوله » .

(٤) البقرة : ٢٧٥ . وفى الأصل : « أحل » - راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٢٩٩ .

وإنما قلنا ذلك لأن هذا بيع الجنس بخلاف الجنس ، فلا يتحقق فيه الربا ، لأن الربا هو الفضل على المساواة من حيث المالية ، وذلك لا يتحقق إلا عند المجانسة .

وإنما قلنا إن هذا بيع الجنس بخلاف الجنس ، وذلك لأنه جاز أن يراد به مقابلة الجنس بخلاف الجنس - بدليل أنه لو نص على ذلك وفسر يصح ، والشيء لا يفسر بما لا يحتمله وإذا جاز يحمل عليه ، لدلالة الدليل ، وهو ظاهر حاله .

فإن قيل : قولكم بأنه جاز أن يراد به مقابلة الجنس بخلاف الجنس - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأنه تغير وصف الإطلاق ، ولا يجوز تصحيح تصرف العاقل بتغيير وصف تصرفه .

والدليل على أنه لا يجوز - المعقول والأحكام :

أما المعقول - وهو أن الواجب تصحيح تصرفه على الوجه الذى باشره وقصده لا على خلافه وهو قصد المقابلة المطلقة ، بقضية[1] اللفظ ، فتغييره إلى مقابلة الجنس بخلاف الجنس فسخ تصرفه وإنشاء تصرف آخر ، وذا لا يجوز .

وأما الأحكام - أجمعنا على أنه لو باع ثوبا ودرهما بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض ، لا يجوز ، وإن أمكن تصحيحه بصرف الدرهم إلى الثوب والثوب إلى الدرهم .

وكذا لو اشترى قُلبا وزنه عشرة بعشرة وثوبا قيمته عشرة بعشرة ، ثم باعهما بربح عشرين ، لا يجوز ، وإن أمكن تصحيحه بصرف كل الربح إلى الثوب .

ولئن سلمنا أنه عرى عن الربا ، ولكن لم قلتم إنه عرى من شبهة الربا ، وشبهة الربا مانعة جواز العقد ، فإنه لا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ، وفى هذا شبهة الربا لاحتمال إرادة الجنس بالجنس .

---

(١) فى الأصل كذا : « بقيضه » .

الجواب :

قوله : بأن هذا تغيير وصف الإطلاق – قلنا : اللفظ وإن كان مطلقا ، لكن جاز أن يراد به المقيد ، وقد دل الدليل عليه – على ما مر ، فكان هذا تصحيح تصرفه / على الوجه الذى قصده ، لا على خلاف ما قصده .

١٠٨/١

وأما إذا باع ثوبا ودرهما بدرهم وثوب – قلنا : هذا العقد جائز بدون صرف الجنس إلى خلاف الجنس إلا أن إبقاء المعقود[١] غير واجب ، بل ذاك مفوض إلى العاقدين .

وأما مسألة القُلْب والثوب – قلنا : لو صرفنا الربح كله إلى الثوب لا يبقى بيعهما مرابحة ، بل يصير بيع أحدهما تولية وبيع الآخر مرابحة[٢] ، وأنه باعها مرابحة – أما ههنا بخلافه .

قوله : إنه عرى عن الربا ثم عرى عن شبهة الربا – قلنا : إذا عرى عن الربا وجب أن يصح ، لما قلنا .

قوله : فيه شبهة الربا – قلنا : لا نسلم . وهذا لأن صرف الجنس إلى الجنس عقد فاسد . والظاهر أنه لم يقصد ذلك لما قلنا . بخلاف بيع الحنطة بالدقيق ، لأن ذلك عقد واحد وفيه شبهة الربا ، لشبهة المجانسة بين العوضين ، أما ههنا بخلافه .

١٢٧ **مسألة** : بيع الرُّطَب[٣] بالتمر متساويا ، كيلا – يجوز ، خلافا لهم .

---

(١) كذا فى الأصل : « ابقا المعقود » ولعل المقصود : « إيفاء المعقود عليه » أو « إبقاء العقد » .

(٢) بيع المرابحة هو مبادلة المبيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح . وبيع التولية هو المبادلة بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان . وبيع الوضيعة هو المبادلة بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه – الكاسانى ، البدائع ، ٥ : ١٣٤ – ١٣٥ وكذا ٢٢٠ وما بعدها . وابن عابدين ، رد المحتار ، ٤ : ٣ .

(٣) الرُّطب نضيج البُسْر قبل أن يصير تمرا . وذلك إذا لان وحلا . أو ثمر النخل إذا أدرك ونضج قبل أن يصير تمرا . والجمع أرطاب ورطاب والواحدة رُطبة . والبُسْر تمر النخل قبل أن يُرْطب – المعجم الوسيط .

وأجمعوا على أن بيع الرُّطَب بالتمر متفاضلا ، كيلا - لا يجوز .

والوجه فيه - أنه باع التمر بالتمر ، مثلا بمثل ، مكايلة ، فوجب أن يجوز . كما إذا باع التمر اليابس بالتمر اليابس ، مثلا بمثل .

وإنما قلنا ذلك ، لأن الرُّطَب تمر بالنقل والحكم - أما النقل فظاهر . وأما الحكم فلأنا أجمعنا على أنه لو حلف أن لا يأكل تمرا فأكل رطبا يحنث فى يمينه ، ومبنى الأيمان على العرف ، فوجب أن يجوز .

فإن قيل : قولكم بأنه باع التمر بالتمر - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأن الرطب تمر - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأن اسم التمر ينتفى عن الرُّطَب ؛ فإنه صح أن يقال : هذا رطب وليس بتمر .

وأما ما ذكر من المسألة - فممنوعة . على أنا نقول بأنها معارضة بمسألة أخرى - وهى ما إذا حلف أن لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ما صار تمرا ، لا يحنث فى يمينه .

ولئن سلمنا أنه باع التمر بالتمر ، ولكن لا نسلم بأنه باعه مثلا بمثل فى الكيل - بيانه أن الرطب ينكبس بالكبس والتمر اليابس لا ينكبس بالكبس ، فلا يثبت التساوى بينهما فى الكيل .

/١٠٨

ثم التعليل معارض / بالحديث والمعقول :

أما الحديث - [فـ] ما روى سعد بن أبى وقاص قال : « سمعت رسول الله ﷺ سئل عن شراء التمر بالرُّطب فقال رسول الله ﷺ : « أينقص الرُّطب إذا يبس ؟ قالوا : نعم - فنهاه عن ذلك »(١) - رواه أبو داود وابن ماجة .

وأما المعقول - وهو أنه إذا انتقص عند الجفاف يتحقق حقيقة الربا ، وهو الفضل .

---

(١) وكذا فى بلوغ المرام ، رقم ٧٠٨ ص ١٢٧ وسبل السلام ، ٣ : رقم ٧٩٦ ، ص ٨٥٧ وفيهما « فنهى عن ذلك » .

وسبب ذلك الرطوبة ، وهى قائمة فى الحال ، فكان سبب الربا قائما[١] فى الحال ، والسبب يقوم مقام المسبب ، فيكون[٢] فيه شبهة الربا .

الجواب :

قوله بأن اسم التمر ينتفى عن الرُّطب - قلنا : لا نسلم .

وقوله : هذا رُطب وليس بتمر ، لا يصح مطلقا ، بل على تقدير إضمار شىء وهو أن يقول : هذا رُطَب وليس بتمر يابس .

وأما منع المسألة - فلا يستقيم ، لأنها مسطورة[٣] فى الكتب .

وأما [ما] ذكر[٤] من المسألة - قلنا : إنما لا يحنث ، لأنه عقد يمينه على حالة مخصوصة وهى حالة الرطوبة ، فتتقيد اليمين به [ـا] عرفا .

قوله : بأنه ينكبس بالكبس - قلنا : هذا إشارة إلى التفاوت فى الوزن والعدد دون الكيل ، ونحن ندعى التساوى فى الكيل .

وأما الحديث - قالوا بأن مداره على زيد بن أبى عياش[٥] مولى لبنى زهرة وإنه ضعيف . على أنه معارض بقوله تعالى : ﴿ وأحلَّ الله البيعَ ﴾[٦] .

---

(١) فى الأصل : « قائم » .

(٢) فى الأصل كذا : « وكونه » . انظر العبارة فى الجواب .

(٣) فى الأصل كأنها « مشطورة » وفى المعجم الوسيط شطر الشىءَ قسمه وسطر الكتابَ سَطْرا كتبه .

(٤) كذا العبارة فيما سبق .

(٥) فى سبل السلام ، ٣ ، رقم ٧٩٦ ، ص ٨٥٧ : « .. ومن أعله بجهالة خالد أبى عياش فقد رد عليه بأن الدارقطنى قال إنه ثبت ثقة .. » . ولعله أبو عياش الزرقى - اختلف فى اسمه : فقيل اسمه زيد بن الصامت . وقيل عبيد بن زيد بن الصامت . وقيل غير ذلك . وأكثر أهل الحديث يقولون : اسمه أبو عياش الزرقى - له صحبة معروفة . روى عنه مجاهد وأبو صالح السمان وعاش إلى زمن معاوية . ومات رحمه الله بعد الأربعين وقيل بعد الخمسين - ابن عبد البر ، الاستيعاب .

(٦) البقرة : ٢٧٥ .

وأما قوله : سبب الربا قائم ، وهو الرطوبة - قلنا : قيام سبب الانتقاص لا يؤدى إلى حقيقة الربا ولا إلى شبهة الربا ، لأن حقيقة الربا هو الفضل من كل وجه ، وشبهة الربا الفضل من وجه ، وقيام السبب لا يوجب شيئا من ذلك فى الحال .

والله أعلم .

١٢٨ ــ **مسألة** : إذا باع فَلْسا[١] رائجا بعينه ، بفلسين رائجين - يجوز .

والوجه فيه - أن هذا بيع عرى عن الربا ، فوجب القضاء بجوازه ، قياسا على بيع دين بدين[٢] .

وإنما قلنا ذلك - لأن الربا لو تحقق إنما يتحقق بزيادة العدد فى أحد الجانبين ، بدليل أنه لو سقط العدد لا يتحقق الربا ، وزيادة العدد إنما يؤدى إلى الربا إذا بقى الفلس عدديا ، ولم / يبق الفلس عدديا ، لأن كونه عدديا ما كان بأصل الخلقة ، بل باصطلاح[٣] الناس ، بخلاف الدراهم والدنانير فإنها خلقت ثمنا ، وما ثبت باصطلاح[٤] الناس ، يتبع فيه المصلحة ، فإقدامهما على هذا البيع مع عقلهما ودينهما دل على تعلق مصلحتهما بإبطال هذا الاصطلاح ، فوجب أن يجوز . ١/١٠٩

فإن قيل : قولكم بأن هذا بيع عرى عن الربا - قلنا : لا نسلم .

قوله : إنما يكون ربا إذا كان الفلس عدديا فى هذه الحالة ولم يبق ، لأنهما أبطلا كونه عدديا - قلنا : لا نسلم بأن لهما ولاية إبطال هذا الاصطلاح . وهذا لأن كونه عدديا ثبت باصطلاح الكل ، فكان ثابتا بالإجماع ، فلا ينتقض بنقضهما ، لأن نقضهما ظنى وذاك مصلحة قطعية[٥] وإبطال المصلحة القطعية لا يكون مصلحة .

---

(١) الفَلْس عملة يتعامل بها مضروبة من غير الذهب والفضة . وكانت تقدر بسدس الدرهم . وهى تساوى اليوم جزءا من ألف من الدينار فى العراق وغيره - والجمع فُلُوس - المعجم الوسيط .

(٢) الظاهر أنها فى الأصل كذلك وستأتى فى الجواب . وفى الأصل كذا : « در بدرين » .

(٣ ــ ٤) فى الأصل : « بإصلاح » . وسيأتى بعد قليل ... الاصطلاح » .

(٥) فى الأصل : « قطعى » وستأتى بعد كلمتين « القطعية » .

ولئن سلمنا أنٍ لهما ولاية نقض هذا الاصطلاح ، ولكن لم قلتم بأنهما نقضاه ؟ .

قوله : بأن إقدامهما على هذا البيع دل على تعلق مصلحتهما بإبطال هذا الاصطلاح – قلنا : إنما يتعلق مصلحتهما بإبطاله[١] إذا كان فى إبطال هذا الاصطلاح صحة هذا ، وليس كذلك ، لأنه إذا خرج من كونه عددياً عاد وَزْنِيا ، كما كان ، وبيع الوزنى بالوزنى لا يجوز ، إلا على وجه الاعتبار .

ولئن سلمنا أنه عرى عن حقيقة الربا ، ولكن لم قلتم بأنه عرى عن شبهة الربا ، وهذا لأنه يقابل الفَلْس بالفَلْس ، فيبقى الآخر فضلا .

ولئن سلمنا أنه عرى عن شبهة الربا ولكنه بيع الدين بالدين ، لأن الفلوس لا تتعين فى العقود وهو ثمن ، وذلك لا يجوز ، ولأنه عقد يؤدى إلى المنازعة لما فيه من التضرر .

الجواب هـ :

أما قوله : لم قلتم بأن لهما ولاية نقض هذا الاصطلاح – قلنا : لما ذكرنا أن فيه مصلحتهما .

قوله : بأن كونه عدديا ثبت بالإجماع – قلنا : عنه جوابان : أحدهما – لا نسلم بأنه ثبت بالإجماع بل فى بعض البلاد دون البعض . والثانى – إن ثبت بالإجماع لكنه ليس من الإجماعات الموجبة للعلم فى الأمور الدينية ، فجاز أن ينقض بمصلحة ظنية .

قوله : لو خرج من أن يكون عدديا عاد وزنيا – قلنا : يخرج من أن يكون عدديا / ولا يعود وَزْنيا ، بل يصير سلعة محضة ، لأن الشيء جاز أن لا يكون عدديا ولا وزنيا ، كالنصال[٢] واللآلىء .

٢/١٠٩

قوله : فيه شبهة الربا – قلنا : لا نسلم ، لأن الفَلْس بالفَلْسين من غير اعتبار العدد ، فلا يكون فيه شبهة الربا .

---

(١) فى الأصل كذا : « بابطلاله » .

(٢) النَّصْل حديدة الرمح والسهم والسكين والجمع نِصَال وأَنْصُل ونُصُول – المعجم الوسيط .

قوله : هو بيع الدين بالدين ، لأنه لا يتعين – قلنا : لا نسلم بأنه لا يتعين ، لأنا أخرجناه من أن يكون عدديا وثمنا ، وصار سلعة تتعين في العقود .

قوله : يؤدى إلى المنازعة – قلنا : لا نسلم ، لأنهما أقدما عن طوع ورغبة . والله أعلم .

١٢٩ – مسألة : بيع لحم الشاة بالشاة يجوز مطلقا . وقالا : يجوز على سبيل الاعتبار .

والوجه فيه – أن هذا بيع عرى عن الربا ، فوجب القضاء بصحته ، قياسا على ما إذا كان اللحم الخالص أكثر مما فى الشاة .

وإنما قلنا ذلك ، لأن[١] شرط تحقق الربا هو المجانسة ، لأن الربا هو الفضل على المساواة فى البيع ، وذا لا يتحقق إلا عند المجانسة والمعيار الشرعى ، ولم يوجد ، لأن الشاة ليست بموزون عرْفا وشرعا ، فلا يجرى فيه الربا ، فلا يحرم .

فإن قيل : قولكم بأن الربا لا يتحقق إلا عند المجانسة والمعيار الشرعى ، ولم يوجد – قلنا : لا نسلم بأنه لم يوجد المعيار الشرعى . ولا نسلم بأن اللحم الذى فى الشاة ليس بموزون ، بل هو موزون فى الجملة ، كالدهن إذا باعـ [ـه] بالسمسم على طريق الاعتبار ، يجوز ، ويعرف الدهن الذى فى السمسم مقدار[٢]وزنه بالعصر – كذا هنا بالذبح .

ولئن سلمنا أن الموزون ما يعرف وزنه فى الحال ، ولكن لم قلتم بأن اللحم الذى فى الشاة لا يعرف وزنه فى الحال ، بل يعرف بطريق الحزر والظن ، كما هو عادة القصابين فى البياعات .

---

(١) فى الأصل كذا : « لا » بدون نون .

(٢) كذا العبارة فى الأصل .

ولئن سلمنا أنه عرى عن حقيقة الربا ، ولكنه لم يعر عن شبهة الربا ، لأنه يصير موزونا بعد الذبح ، وذا يكفى للحرمة .

ولئن سلمنا أنه ليس بشبهة ، ولكنه عقد يفضى إلى المنازعة ، لما فيه من احتمال التضرر[1] ، فيكون فاسدا . وصار كما إذا باع صوف الشاة بشاة عليها صوف . ١/١١٠

الجواب :

قوله بأن اللحم الذى فى الشاة موزون فى الجملة – قلنا : لا نسلم ، بل هو غير موزون ، **لا فى الحال [و] لا فى الجملة : أما فى الحال فظاهر . وأما فى الجملة بعد الذبح** فلاختلاطه بالعظام المختلفة وفى نزع جميع العظام ضرر ، بخلاف الدهن والسمسم .

قوله : بأنهـ [ـم] يقدرون وزنه بالحزر والظن – قلنا : ذاك عادة بعضهم ، وإنه يجرى فيه الخطأ والغلط ، بخلاف الدهن والسمسم فإن الكل يعتادون حزره .

قوله : لم لا يتحقق شبهة الربا – قلنا : الجواب عنه ما مر قبل .

قوله : يفضى إلى المنازعة – قلنا : لا نسلم ، وظاهر أنه لا يفضى ، لأنهما أقدما على البيع بعد تأمل ، عن طوع واختيار . وأما بيع الصوف واللبن بالشاة التى فى ضرعها[2] لبن وعلى ظهرها صوف ، لا يجوز ، لأن الشاة وإن لم تكن موزونة ، ولكن فى ضمنها ما هو موزون ، وهو الصوف واللبن ، لأنه لا حياة فى اللبن والصوف ، والمانع من كونه موزونا هو قيام الحياة به ، كما فى اللحم ، فكان بيع الموزون بالموزون وبغيره – أما ههنا بخلافه .

١٣٠ ــ **مسألة** : شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ، لا يجوز – خلافا له .

وأجمعوا أن شراء ما باع بأقل مما باع بعد نقد الثمن يجوز ، وبالأكثر يجوز قبله وبعده .

---

(١) كذا الظاهر : « التضرر » .

(٢) فى الأصل كذا : « فى طرعها » .

والوجه فيه - أن هذا بيع تمكن فيه الربا ، فوجب القضاء بفساده .

وإنما قلنا ذلك - لأنه بيع مالية مقدرة ، بألف درهم . وصورة[١] العبد بخمسمائة . وذلك لأن هذا بيع العبد بخمسمائة ، والعبد اسم الصورة والمعنى ، ومعنى العبد ماليته ، وماليته فى هذه الحالة مقدرة بألف ، لأن الكلام فيه ، فكان الألف معنى العبد حكما ، فكان بيع المالية الصورة بخمسمائة ، فيكون ربا .

فإن قيل : قولكم بأن هذا بيع صورة العبد ومعناه بخمسمائة - قلنا : لا نسلم بأن البيع تناول معنى العبد ، بل تناول ذاته - دل عليه أنه لو اشترى / عبدا على أنه خباز أو كاتب ، فوجده بخلاف ذلك ، لا يسقط شيء من الثمن بفواته . فلو كان معناه داخلا[٢] لسقط ، كما لو اشترى عبدين فهلك أحدهما قبل القبض .

١١٠

ولئن سلمنا أن الألف معنى العبد ، لكن بحكم الشرع أم باصطلاحهما ؟ ع م . ولكن اصطلاحهما يلزمهما برضاهما أم لا برضاهما ؟ م ع . ومتى أقدما على البيع الثانى بخمسمائة فقد ردا ذلك للاصطلاح ، ولهذا يجوز بيع ما يساوى ألفا بدرهم .

ثم نقول مالية العبد ثمنه ، وذلك اسم الدراهم ، والدراهم لا تكون معنى العبد إذ لو كان كذا لكان هذا بيع العبد بمعناه ، وذا لا يجوز . ولهذا لو باع عبدا قيمته ألف بألف يجوز . فلو كانت قيمته معناه لكان هذا بيع الألف بالألف والعبد ، وصار هذا كما إذا اشترى ما باع بأكثر مما باع قبل نقد الثمن ، وكما إذا اشترى بأقل مما باع بعد نقد الثمن .

---

(١) فى الأصل كذا : « وصوره » - وانظر بيان ذلك فى العبارة التالية ، وفيما يلى من قول السمرقندى :

قال السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٨١ - ٨٢ : « ومنها (أى من البيع الفاسد) - أن يشترى شيئا بثمن معلوم ، ثم يبيعه من البائع بأقل مما باعه ، قبل نقد الثمن . فإن باعه بجنس الثمن الأول ، بأن اشتراه بألف درهم ثم باعه منه بخمسمائة درهم قبل نقد الثمن فهو فاسد عندنا . وعند الشافعى صحيح . وإن كان بخلاف جنس الثمن الأول جاز . والأصل فى ذلك حديث عائشة رضى الله عنها فى قصة زيد بن أرقم - وهو معروف » وانظر القصة فى الهامش ٤ من التحفة ، جـ ٢ ، ص ٨٢ .

(٢) فى الأصل : « داخل » .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن البيع تناول معنى العبد ؟ - قلنا : لأنه تناول العبد ، والعبد اسم للصورة والمعنى .

قوله : لو سقط معنى العبد لا يسقط شيء من الثمن - قلنا : لا نسلم بأن المعنى الذى عنيناه لو سقط لا يسقط شيء من الثمن ، بل يسقط كل الثمن ، لأن المعنى بذلك المعنى ماليته التى بها يصير العبد مالا ، ولو فات بموته يسقط كل الثمن ، بخلاف الأوصاف المعارضة التى ذكرها .

قوله : إقدامهما على البيع الثانى رد للاصطلاح الأول - قلنا : لا نسلم . وظاهر أنه ليس برد ولا يقدران عليه ، إذ لو انتقض الاصطلاح الأول لبطل حق المطالبة بالثمن الأول ، ولا يبطل بالإجماع ، بخلاف ما إذا باع ابتداء بأقل من القيمة ، لأنهما لم يلتزما هذا الاصطلاح .

قوله : بأن الثمن اسم للدراهم - قلنا : الثمن معنى المثمن حقيقة ، إلا أن الناس يطلقون اسم الثمن على الدراهم مجازا ، وأما إذا باع عبدا يساوى ألفا بألف يجوز - قلنا فى هذه / الصورة يتحقق الربا ، إلا أنا تحملنا[1] ذلك فى البيع بمثل القيمة باصطلاحهما ، كى لا يؤدى إلى سد باب البياعات . ١/١١١

وأما إذا اشترى ما باع بأكثر مما باع - [فـ] إنما يجوز ، لأن الألف وقع فى مقابلة الألف والزائد فى مقابلة العبد .

وأما إذا اشتراه بأقل مما باع بعد نقد الثمن ، فلأن الاصطلاح الأول بالآداء قد انتهى من كل وجه - أما ههنا بخلافه .

---

(١) فى الأصل كذا : « ـحملنا » فالحرف الأول غير منقوط .

١٣١ ــ **مسألة** : الزوائد المنفصلة[١] من المبيع المتولدة بعد القبض ، نحو الولد والثمر ، تمنع الرد بالعيب . وعنده : لا تمنع .

والخلاف فى رد الأصل بكل الثمن ، بدون الزيادة .

أما لا خلاف أنه لا يرد الأصل بدون الزيادة ببعض الثمن .

ولا خلاف أنه لا يرد الأصل مع الزيادة بكل الثمن .

والوجه فيه – أن رد الأم بدون الولد بكل الثمن ، تغيير للعقد من وصف الجواز إلى وصف الفساد ، فوجب أن لا يجوز ، قياسا على سائر التصرفات الفاسدة .

وإنما قلنا ذلك – لأن الولد مبيع تبعا ، وبرد الأم بكل الثمن يصير الولد مبيعا أصلا ، على وجه لا يقابله شيء من الثمن ، فيكون ربا .

وإنما قلنا إن الولد مبيع ، لأن المبيع مفعول فعل البيع ، ومفعول فعل البيع ما ثبت فيه أثر البيع ، كالمضروب ما ثبت فيه أثر الضرب . والأثر المختص بالبيع هو الملك ، وهو ثابت فى الولد ، وبرد الأم ينفسخ البيع فى الأم من الأصل ، فلا يمكن إبقاء الملك فى الولد تبعا ، لأن البيع بدون الأصل لا يتصور ، وإنه يبقى مبيعا لبقاء حكم البيع ، وهو الملك المستفاد بالبيع فيه ، فيصير مبيعا أصلا بلا ثمن وهو ربا .

فإن قيل : قولكم بأن الولد مبيع لأن المبيع ما ثبت فيه أثر البيع – قلنا : المبيع ما ثبت فيه أثر بيع مضاف إليه أو إلى غيره ؟ م ع – والبيع هنا أضيف إلى غير / الولد ، ١١١ وهذا لأن البيع تصرف إضافى ، فمصادفته للمحل إنما يكون بالإضافة إليه ، كما أن المصادفة فى التصرفات الحسية باتصال الآلة بالمحل ، والبيع لم[٢] يصادف الولد ، فلا يكون مبيعا ، كأكساب المبيع .

---

(١) فى الأصل : « – المتصلة » . والصحيح : « المنفصلة » والمثل الوارد فيما بعد « الولد والثمر » زيادة منفصلة . أما الزيادة المتصلة فمثلها السمن والجمال – انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ١٤٦ – ١٤٨ . والكاسانى ، البدائع ٥ : ٢٨٤ وما بعدها وخصوصا ص ٢٨٦ .

(٢) فى الأصل : « ولم » .

ولئن سلمنا أن المبيع ما ثبت فيه أثر البيع ، ولكن لم قلتم بأن أثر البيع ثابت فى الولد ؟ .

قوله : الملك ثابت فيه – قلنا : ذاك أثر بقاء الملك فى الأم لا أثر ابتدائه ، وبقاء الحكم لا يفتقر إلى السبب[١] ، فصار كولد الموهوبة .

ولئن سلمنا أن الولد مبيع تبعا ، ولكن لم قلتم بأنه يصير أصلا برد الأم ؟ .

قوله : لأنه مبيع لبقاء الملك وليس بتبع لارتفاع الأصل – قلنا : لا نسلم بأنه يبقى مبيعا . فإن قال بأن الملك لابد له من سبب ، وسببه البيع – قلنا : كما أن البيع سبب للملك ، فكذلك كونه متفرعا من الملك سبب ، فيحال عليه .

ولئن سلمنا أن الولد يصير مبيعا أصلا بلا ثمن – لم لا يجوز ؟ .

قوله : بأن يكون[٢] ربا[٣] ؟ – قلنا : الربا فضل مال خال عن العوض ابتداء أم بقاء ؟ الأول م ع – وهذا لأن الولد الحادث بعد البيع قبل القبض مملوك بالبيع ، وهو خال عن العوض ، وإنه ليس ربا .

الجواب :

أما قوله لابد من المصادفة واتصال الآلة بالمحل ، والبيع ما أضيف إلى الولد ، فلا يكون مبيعا – قلنا : اتصال الآلة بالمحل ليس بشرط لثبوت أثر الفعل فيه لا محالة – ألا ترى أن من شق زق[٤] الغير وسال الدهن كان تلف الدهن مضافا إلى فعله لوجود

---

(١) كانت فى الأصل : « إلى بقا السبب » ثم شطبت كلمة « بقا » .

(٢) « يكون » غير واضحة فى الأصل .

(٣) فى الأصل كذا : « ردا » .

(٤) فى الأصل : « رق » . والزِّق وعاء من جلد يُجز شعره ولا ينتف ، للشراب وغيره – المعجم الوسيط .

اتصال الآلة [بالفعل] المتصلة به[١] لا به - كذا هذا . بخلاف أكساب المبيع ، لأن البيع ليس بسبب لملك الكسب ، بل هو باختيار العبد .

قوله : ملك الولد أثر بقاء ملك الأم لا أثر ابتدائه - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن الملك الباقي هو عين[٢] الملك الثابت ، والثابت بالسبب إذا بقى كان مضافا إليه ، لأنه يوجب ثبوته / فى جميع الأزمان ، فيوجب بقاءه . ١/١١٢

قوله : لم قلتم بأن الولَد يبقى مبيعا - قلنا : لأنه ملك وسببه البيع .

قوله : كما أن البيع سبب ، فكونه متفرعا من الملك أيضا سبب - قلنا : بلى ، ولكن الأصل مملوك بالبيع ، فيبقى ، بعد رد الأم ، مبيعا ، ولا يمكن إبقاؤه مبيعا تبعا ، فيكون أصلا .

قوله : بأن الربا فضل مال خال عن العوض ابتداء أم بقاء ؟ - قلنا : ابتداء ، وهذه حالة الابتداء فى حق الولد ، لما ذكرنا أنه يصير مبيعا أصلا .

والله أعلم بالصواب .

١٣٢ ــ **مسألة** : الزيادة فى الثمن والمثمن تصح وتلتحق بأصل العقد ويجعل كأن العقد ورد عليهما - خلافا له .

والحط عن الثمن يصح بالإجماع ، وهل يلتحق بأصل العقد ؟ فهوعلى هذا الخلاف .

والوجه فيه - أنهما قصدا جعل المشروط زيادة فى الثمن ، وأمكن ذلك ، والشرع جعلهما بسبيل ذلك - فوجب أن يصير المشروط زيادة فى الثمن ، قياسا على أصل الثمن .

---

(١) فى المتن : « اتصال الآلة بالمحل » ثم شطبت كلمة « بالمحل » وكتب فى الهامش عبارة كأنها : « بالمتصلة به » أو « المتصلة به » . ولعل المراد - والله أعلم - « بالفعل » لا « بالمحل » وهو ما أثبتناه فى المتن .

(٢) قد تقرأ « غير » .

وإنما قلنا إنهما قصدا جعل المشروط زيادة فى الثمن – لأن الكلام فيما إذا نصا على الزيادة[١] .

وإنما قلنا إنه أمكن ذلك – وذلك لأنا أجمعنا على أن الزيادة المتولدة من الثمن قبل القبض تصير بهذه الحالة ، بعد أن لم تكن ، ولو لم يكن ذلك ممكنا ، لما ثبت فى تلك الصورة .

وإنما قلنا إن الشرع جعلها بسبيل من ذلك – لأن الشرع إنما جعلهما بسبيل من الفسخ دفعا لحاجتهما إلى ذلك ، وقد تحققت الحاجة ههنا ، لأن العقد قد يقع خاسرا ، فربما يحتاجان إلى جعله رابحا ، فثبت أن تحقق هذه الحاجة من الجائزات ، وقد دل[٢] الدليل عليه ، وهو إقدامهما على جعل المشروط زيادة فى الثمن ، فوجب جعلهما بسبيل من ذلك ، دفعا لحاجتهما ، فوجب جعله زيادة فى الثمن .

٢/١١٢ فإن قيل : قولكم بأنهما قصدا الزيادة / وأمكن – قلنا : لا نسلم بأنه أمكن . وهذا لأن الزيادة فى الثمن تكون ثمنا ضرورة ولا يمكن جعل الزيادة ثمنا ، لأن الثمن ما يقابله شيء من المثمن[٣] ، وكل المثمن صار مقابلا بالثمن الأول ، فلا يبقى شيء منه مقابلا بالزيادة ، بخلاف الزيادة المتولدة ، فإنها متفرعة عنه حقيقة وإجراء[٤] أحكام الشيء على الفرع بطريق التبعية جائز – أما ههنا بخلافه .

ولئن سلمنا أنه أمكن ذلك ، ولكن لم قلتم بأن الشرع جعلهما بسبيل [من ذلك] ؟ .

وأما الفسخ – قلنا : الفسخ تصرف فى حكم العقد ورفعه ، أما الزيادة [فـ] تصرف فى العقد ، ولا يمكن ، لأنه انعدم وتلاشى .

(١) فى الأصل كذا : « الرياد » .

(٢) فى الأصل تبدو كذا : « ذلك » .

(٣) أثمن الشيءَ سمى له ثمنا . وثَمَّن السلعة قدر ثمنها – المعجم الوسيط – وانظر فيما يلى الهامش ٢ ـــ ٣ ص ٣٥٤ .

(٤) تبدو كذلك .

ولئن سلمنا أنه تصرف فى العقد ، ولكن لم قلتم بأن الحاجة ههنا مثل تلك الحاجة ؟ .

بيانه -- أن هذه الحاجة حاجة دفع الضرر والخسران(١) . وذلك بثبوت الملك يندفع ، لا بكونه ثمنا . وعندنا يثبت الملك فى الزيادة ، ولكن ملك الهبات لا ملك الأثمان(٢) ، وصار هذا كالزيادة فى المنكوحة(٣) وفى المسلم فيه وفى الدين على الرهن وفى الثمن بعد هلاك المبيع - فإنه لا يجوز مع ما ذكرتم .

الجواب :

قوله : بأن الثمن ما يقابله المثمن ، فكل المثمن مقابل بالأصل - قلنا : نحن نصحح الزيادة ثمنا على معنى أنه يجرى عليهـ [ـا] أحكام الثمن ويصير كأن المثمن مقابل بالأصل والزيادة جميعا .

قوله بأن المتولدة متفرعة - قلنا : هذا إشارة إلى اختلاف الطريق ، فلا يضرنا ، لأنه ثبت أنه تصور إجراء أحكام على عين الموجود - كذا هذا .

قوله : الفسخ تصرف فى حكم العقد - قلنا : لا نسلم ، بل هو تصرف فى نفس العقد ، بدليل أنه يضاف إليه .

قوله : بأن البيع تلاشى وانعدم - قلنا : صيغة البيع تنعدم ، أما نفس البيع [فـ] لا ينعدم(٤) ، لأنه عبارة عن معنى يبقى فى المحل إلى وقت الفسخ .

قوله : هذه الحاجة تندفع بثبوت الملك فى الزيادة / لا بكونه ثمنا - قلنا : ليس كذلك ، بل حاجتهما تتعلق بثبوت الملك فى الزيادة بجهة الثمنية ، لا بمطلق الملك ، بدليل إقدامهما على جعله زياد [ة] والهبة والثمن يختلفان فى الأحكام . على أنا نقول بأنه خلاف الإجماع ، لأن الزيادة عندكم لا تملك أصلا .

١/١١٣

(١) تبدو كذلك : « والخسران » .

(٢) كذا تبدو . وفى الأصل كذا : « ملك الهباب لا ملك الايمان » .

(٣) لعل المقصود : « مهر المنكوحة » .

(٤) فى الأصل : « لا نعدم » .

وأما الزيادة في المنكوحة(١) - قلنا : ثمة العقد لا يقبل الفسخ ، فلا يقبل الزيادة - أما ههنا بخلافه .

وأما السلم فذاك عقد ضرورى ، ولا ضرورة فى الزيادة .

وأما الزيادة فى الدين - [ف] لا تجوز ، لأن عقد الرهن لا يتغير بالزيادة فى الدين ، لأنه غير مستحق بالرهن .

وأما الزيادة بعد هلاك المبيع ، [ف] إنما لا تصح ، لأنه لم يبق البيع ولا الثمن - أما ههنا بخلافه .

١٣٣ - مسألة : إذا اشترى شيئا لم يره ، يصح العقد ، ويثبت له الخيار إذا رآه - خلافا له .

والوجه فيه - أن رؤية المبيع مما لا يقف عليه ركن البيع ، ولا المصلحة المطلوبة من البيع - فوجب ألا يقف عليه صحة البيع ، قياسا على ما إذا رآه قبل البيع ولم يره وقت البيع .

وإنما قلنا ذلك - لأن ركن البيع قوله : « اشتريت » و « بعت » عن قصد إثبات الملك ، وهذا لا يقف على الرؤية والمصلحة المطلوبة من البيع التمكن من الانتفاع بالمبيع ، وهو ثابت بواسطة إمكان القبض ، وإمكان القبض ثابت ، لأن البائع يسلمه تحصيلا للثمن .

فإن قيل : قولكم بأن رؤية المبيع لا يقف عليه ركن البيع ولا المصلحة المطلوبة منه - قلنا : لا نسلم بأنه لا تقف عليه المصلحة المطلوبة .

قوله : لأن المصلحة المطلوبة هو التمكن من الانتفاع - قلنا : نعم ، ولكن لم قلتم بأنه لا تقف على الرؤية ، وهذا لأن التمكن من الانتفاع يتوقف على تسليم عين المبيع ، والبائع ربما يسلم غيره والمشترى يطلب أجود منه ، فيؤدى إلى المنازعة / ، فلا يحصل التمكن من الانتفاع . ٢/١١٣

---

(١) راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٣١٩ .

ولئن سلمنا أنه لا يقف عليه أصل المصلحة ، ولكن لم لا يقف عليه تمام المصلحة ؟ وهذا لأن تمام المصلحة يحصل بكون المبيع موصوفا بالصفات التى قصدها المشترى وذا[١] لا يحصل بدون الرؤية .

ولئن سلمنا أنه لا يقف عليه ركن البيع ولا تمام المصلحة ، ولكن لم قلتم بأن انعدام الرؤية لا يوجب فساد البيع ؟ وهذا لأن العقد قد يفسد وإن وجد الركن والمصلحة لوجود المفسد - ألا ترى أنه لو اشترى شيئا بأى ثمن شاء البائع والمشترى ، لا يجوز . وكذا لو اشترى أحد هذه العبيد على أن يختار أيها[٢] شاء أو اشترى بألف ورطل خمر ، فإنه لا يجوز ، وإن وجد الركن والمصلحة ، لوجود المفسد ، وقد وجد المفسد ههنا لوجهين : أحدهما - أن هذا بيع[٣] فيه احتمال المقصود ، فيكون فيه خطر ، فيكون غررا ، وقد نهى النبى ﷺ عن بيع الغرر . والثانى - غير[٤] عالم بأوصافه ، فيكون بغير رضا ، ولهذا يثبت له الخيار ، والبيع بدون الرضا فاسد لقوله تعالى : ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾[٥] .

الجواب :

أما قوله : المنازعة مانعة من التسليم والقبض - قلنا : الظاهر من حال البائع أنه يسلم المبيع دون غيره ، ثم إن رضيه المشترى ، وإلا فله الخيار .

قوله : لم قلتم بأنه لا يقف عليه تمام المصلحة ؟ - قلنا : نحن نسلم أن تمام المصلحة موقوف على الرؤية ، ولكن العقد ينعقد بأصل المصلحة - فقلنا بصحته مع خيار الرؤية استيفاء لأصل المصلحة وتمكينا له من إتمامها بالرؤية .

---

(١) فى الأصل كذا : « ود » .

(٢) فى الأصل : « أيهما » . وفيما يلى فى الجواب : « وأما شراء عبد من العبيد الأربعة .. » .

(٣) فى الأصل كذا : « تبع » .

(٤) فى الأصل كذا : « عن » . أى اشتراه غير عالم .

(٥) النساء : ٢٩ : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ... ﴾ وفى الأصل : « ولا تأكلوا » .

قوله : إن كان[١] لا يقف عليه الركن والمصلحة لم لا يفسد [بانعدام الرؤية] ؟ - قلنا : تمكينا له من المصلحة واستيفائها . وأما إذا باع شيئا بأى ثمن شاء ، فموت من له [المشيئة][٢] وإنكار الآخر محتمل[٣] ، فيؤدى إلى المنازعة . وأما شراء[٤] عبد من العبيد الأربعة ، فاشتراط الخيار باطل ، كاشتراط / الخيار أربعة أيام ، فيبقى المبيع مجهولا كالشاة من القطيع . وأما البيع بألف ورطل خمر ، فوجه الفساد ظاهر - أما ههنا بخلافه .

١/١١٤

قوله : بأنه بيع غرر - قلنا : الجواب عنه ما مر فى مسألة التقابض .

قوله : عقد عن غير رضا - قلنا : لا نسلم . وكيف يكون بغير رضا وهما باشرا العقد عن طوع ورضا ، والرضا بالشىء قد يتحقق بدون العلم والرؤية ، بمجرد الظن[٥] ، ثم له الخيار .

١٣٤ ــ **مسألة** : الكافر إذا اشترى عبدا مسلما يصح الشراء ويجبر على البيع فى الحال . وعنده لا يصح أصلا .

والوجه فيه - أن هذا تصرف تمليك ، فوجب أن لا يعرى عن إثبات الملك ، قياسا على المسلم .

وإنما قلنا ذلك - لأن البائع قصد إيقاع ذلك تمليكا ، فى محل قابل للملك ، والشرع جعله بسبيل من ذلك ، فيقع تمليكا .

---

(١) تبدو كذلك : « كان » .

(٢) فى الأصل كذا : « المشا » .

(٣) فى الأصل كذا : « متحمل » .

(٤) فى الأصل كذا : « احد » - راجع هذه الصورة فيما تقدم قبل سطور حيث قال : « وكذا لو اشترى أحد هذه العبيد على أن يختار أيها شاء » . ولعل الكلمة هنا « أخذ » .

(٥) لعلها كذلك ، فهى فى الأصل غير كاملة ففيه : « بمجرد الظ » .

أما القصد – فبديل الإقدام على الشراء .

وأما قبول المحل – فبالحكم ، والمعقول : أما الحكم ، فلأنا أجمعنا على أن الكافر إذا اشترى عبدا كافراً فأسلم فى يده يبقى له الملك . وأما المعقول ، فللحاجة إلى المصلحة المتعلقة به .

وإنما قلنا : إن الشرع جعله بسبيل ، لأنه إنما جعله بسبيل من تمليك الكافر ، لمكان الحاجة – كذا هذا .

فإن قيل : لا نسلم بأن المحل قابل .

وأما الحكم : قلنا ذاك بقاء الملك لا ابتداء الملك ، وفى بقاء الملك ضرورة ، ولا ضرورة فى الابتداء ، لأن الإهانة فى ابتداء الملك ، أما فى بقائه فلا . ويجوز أن يكون الشيء محلا للملك حالة البقاء دون الابتداء ، ألا ترى أن الخمر محل لبقاء الملك للمسلم[١] وليس بمحل لابتدائه – كذا هذا .

ولئن سلمنا أن المحل قابل ، ولكن لم قلتم إن الشرع جعله بسبيل منه ؟ .

وأما الحاجة – قلنا : لم تندفع حاجته بهذا الملك بالإجماع ، لأن عندكم يجبر على بيعه فى الحال . ثم هذا / معارض بقوله تعالى : ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾[٢] هـ . ١١٤/أ

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن المحل قابل ؟ – قلنا : لما ذكرنا من الحكم .

قوله : جعل بطريق الضرورة – قلنا : هذا إشارة إلى النافى مع قيام دليل المحلية ظاهرا ، وهو بقاء الملك .

---

(١) فى الأصل : « المسلم » . انظر ما يلى نعد قليل فى « الجواب » .

(٢) النساء : ١٤١ – وانظر فيما بعد الهامش ١ ص ٣٧٤ .

وأما الإهانة - قلنا : يحتمل ذلك فى حالة البقاء ، لمعنى : ذلك المعنى موجود ههنا .

وأما الخمر - قلنا : الخمر محل للملك المسلم ابتداء وبقاء ، ولهذا يرث الخمر ، إلا أنه منع عن تملكه لسقوط تقومه ، لا لعذر المحلية .

وأما قوله : لم تندفع حاجته بهذا الملك ، لأنه يجبر على البيع - قلنا : حاجته حاصلة مندفعة - لاحتمال أن غرضه من شرائه يكون التجارة ، فيبيعه بأكثر مما اشتراه ، فعلم أن ما ذكرناه مناسب - والله أعلم .

وأما الآية - قلنا : إثبات السبيل إنما يكون بإثبات ولاية التصرف عليه ، ونحن لا نثبت الملك على وجه يوجب التصرف ، بل على وجه يجبر على البيع فى الحال .

١٣٥ ــ **مسألة** : بيع لبن الآدميات الحرائر والإماء لا يجوز .

والوجه فيه - أنه أضاف البيع إلى محل غير قابل لحكمه[١] ، فوجب القضاء ببطلانه ، قياسا على بيع الدم .

وإنما قلنا ذلك - لأن حكم البيع هو الملك ، ولبن الآدمى ليس بقابل للملك ، لأن **الدليل ينفى ثبوت الملك فى المحال بأسرها ، لما فيه من حجر بعض المكلفين عن** الانتفاع مع الاحتياج[٢] ، إلا أنا أثبتنا الملك فى البعض صيانة عن التعطيل أو عن التنازع ، ففى كل محل يجب صيانة مصلحته عن التعطيل يثبت الملك وإلا فلا ، والمصلحة المتعلقة بلبن الآدميات لا يجب صيانتها عن التعطيل ، لأن اللبن إما أن يكون **محلوبا أو فى الثدى . فإن كان محلوبا ، لا يقام به المصلحة المعتادة ، وهى التغذية ظاهرا** وغالبا . وإن كان فى الثدى فهذه المصلحة يمكن إقامتها باستئجار الظئر ، فلا حاجة إلى الملك .

---

(١) فى الأصل : « لحكم » .

(٢) فى الأصل : « الاحتياع » .

١١٥ فإن قيل : هذا / التعليل لانعدام الملك فى لبن الآدمى مخالف للإجماع ، لأن الإجماع منعقد على ثبوت ماهية الملك للمرأة فى اللبن ، وهى القدرة على التصرفات .

ولئن صح التعليل ، ولكن لا نسلم بأن الملك حيث يثبت إنما يثبت للصيانة عن التعطيل . وإنما يكون كذلك [حيث] إن الملك لو لم يثبت يتعطل المحل ، ولم يتعطل بدليل الحطب والحشيش .

ولئن سلمنا أن الدليل ينفى ثبوت الملك فى سائر المحال ، ولكن اتفقنا على ثبوته فى بعض المحال لمكان الحاجة ، فلم قلتم بأنه لم توجد الحاجة هنا ؟ .

قوله : بأن الملك يثبت لاستيفاء المصلحة ، والاستئجار يغنى عن ذلك - قلنا : الاستئجار يغنى عن المحلوب أو عن غير المحلوب ؟ إن قلتم عن المحلوب فلا ، لأن الإجارة لإتلاف العين لا تجوز . وإن قلتم عن الذى فى الضرع ، فبيع ما فى الضرع لا يجوز بالإجماع .

قوله : استيفاء المصلحة من المحلوب غير معتاد - قلنا : فلا يكون فى إثبات الملك حجر بعض المكلفين عن استيفاء المصلحة . وإن كان معتادا كان غرضه لتناول كل أحد ، فمست الحاجة إلى الملك .

الجواب :

قوله : الإجماع منعقد على ثبوت ماهية الملك للمرأة فى اللبن - قلنا : لا نسلم .

وأما تصرفها فى اللبن - قلنا : ذاك[١] تصرف فى الثدى . وأما لبنها فمباح - إلا أن الغير محجور عن التصرف فى الثدى ، وهو غير محجورة عن الثدى وعن اللبن جميعا لاختصاصها بهما .

قوله : لم قلتم بأن الملك حيث ثبت إنما ثبت للصيانة عن التعطيل - قلنا : لأن المعنى من التعطيل تعطيل المصالح ، وإنه كذلك ، لأنه إذا كان مباحا فاحتياج الكل

---

(١) فى الأصل كذا : « دال » .

إليه يؤدى إلى التنازع ، فيؤدى إلى التعطيل للمصالح ، بخلاف الحطب والحشيش ، لأنه بعد الاحتطاب والاحتشاش يصير ملكا للمحتطب .

قوله : الاستئجار يغنى عن المحلوب أو عن غير المحلوب ؟ قلنا : عن غير المحلوب ، لأن المصلحة لا تتعلق بالمحلوب .

قوله : ليس فى إثبات الملك فى المحلوب حجر عن المكلفين - قلنا : تعلق المصلحة باللبن المحلوب / ثابت وإن كان نادرا . وهذا القدر يكفى دلالة على نفى الملك ، لأنه يكفى للإباحة والإطلاق ، ولا يكفى للحاجة إلى إثبات الملك ، فلا يثبت الملك . ٢/١١٤

١٣٦ ــ **مسألة** . بيع العقار المبيع قبل القبض ، يجوز .

والوجه فيه - أن قبض العقار لا يقف عليه ركن البيع ولا المصلحة المطلوبة من البيع ، ولا انتفاء غرر انفساخ البيع بهلاك المبيع - فوجب أن لا يقف عليه صحة البيع قياسا على بيع المنقول[١] قبل القبض .

وبيان أنه لا يقف عليه ركن البيع والمصلحة المطلوبة من البيع - ما مر فى المسائل المتقدمة .

وبيان أنه لا يقف عليه انتفاء غرر انفساخ البيع بهلاك المعقود عليه - أن العقار لا يرد عليه الهلاك ، لأن ذلك بغلبة الماء والرمل عليه ، وذلك نادر جدا ، بخلاف المنقول ، لأنه لا يندر هلاكه ، فوجب أن يجوز البيع تحصيلا للمصلحة .

فإن قيل : قولكم بأن قبض العقار لا يقف عليه ركن البيع - قلنا : لا نسلم ، وهذا لأن ركن البيع تمليك الرقبة واليد جميعا واليد غير ثابت .

ولئن سلمنا أن القبض لا يقف عليه ركن البيع - لم قلتم بأنه لا يقف عليه المصلحة المطلوبة من البيع ؟ وهذا لأن معظم الانتفاع يحصل بعد القبض ، فتقف المصلحة على القبض .

---

(١) فى الأصل كذا : « الممهور » ! وسيأتى فى المسألة والجواب أن المقصود : « المنقول » .

ولئن سلمنا أنه لا يقف عليه ركنه ولا مصلحته - لكن لم قلتم بأنه لا يقف عليه انتفاء غرر الانفساخ فى ألبيع بهلاك المعقود ؟.

قوله : لأنه نادر - قلنا : نعم . وهذا القدر يكفى للغرر بدليل أن المنقول إذا كان حجرا أو حديدا فهلاكه نادر ، ومع هذا كان غررا مفسدا للعقد .

ولئن سلمنا أنه لم يوجد هذا المفسد ، لكن لم قلتم بأنه لم يوجد مفسد آخر ؟ **وبيانـ [ـه] أنه وجد ، وذلك لأن المبيع لم يدخل فى ضمان البائع لعدم[1] القبض ، فلا** يجوز بيعه ، كربح ما لم يضمن .

الجواب :

قوله : الركن تمليك الرقبة واليد ، واليد غير ثابت - قلنا : إمكان اليد ثابت / بواسطة القبض ، وذاك يكفى فى العقار ، لأن حقيقة اليد عليه لم تكن قط . ١/١١٦

قوله : بأن معظم الانتفاع يحصل بعد القبض - قلنا : نعم ، وإمكان القبض ثابت ، فيقام مقام حقيقة القبض .

قوله : لم قلتم بأنه لا يقف عليه انتفاء غرر انفساخ العقد - قلنا : لأنه نادر جدا . وأما المنقول إذا كان حجرا قلنا : كيفما كان ، فاحتمال الهلاك فى العقار أندر وأبعد من احتمال الهلاك فى المنقول ، لأنه يتطرق إلى المنقول من دواعى المهالك وإلا يتطرق إلى العقار .

قوله : وجد هنا مفسد آخر - قلنا : لا نسلم .

قوله : المبيع لم يدخل فى ضمان البائع - قلنا : نعم ، ولكن المنهى هو ربح ما لم يضمن ، **لا بيع ما لم يضمن ، ولئن كان فهو [مثل][2] المنقول .**

١٣٧ ــ **مسألة** : كل عقد له مجيز حال وقوعه ، كالبيع والإجارة ونحوهما ، ينعقد من الفضولى ، ويتوقف نفاذه على إجازة المالك : إن أجازه المالك ثبت حكمه مستندا إلى وقت العقد ، وإلا يبطل التصرف . وعنده : لا ينعقد أصلا .

---

(١) فى الأصل كذا : « لعذر » . (٢) فى الأصل : « من » .

والوجه فيه – أن البيع الصادر من الفضولى تصرف تمليك شرعا ، فوجب أن لا يعرى عن إثبات [العقد][1] فى الجملة ، قياسا على الوكيل .

وإنما قلنا ذلك – لأنه قصد إيقاعه تمليكا ، فى محل قابل له ، والشرع جعله بسبيل من ذلك : أن هذا التصرف مرضى به من جهة المالك ، لوجود دلالة الرضا ، وهو كونه نافعا له عند الحاجة ، من غير ضرر .

فإن قيل : قولكم بأنه تصرف تمليك – قلنا : لا نسلم . ولا يتصور ذلك ، لأن التمليك ، ولا ملك ، محال .

بيانه – أن السببْ ما يلازمه الأثر ، وتصرف الفضولى لا يلازمه الملك ، لا قطعا ولا ظاهرا ، لأن الملك بالإجازة ، ولا أمارة عليها ، بل على عدمها لما فيها من زوال الملك .

ولئن سلمنا أنه جاز أن يقع تمليكا ، ولكن لم قلتم بأن الشرع جعله بسبيل ؟ .

٢/١١٦ قوله : / بأنه مرضى به من جهة المالك – قلنا : ليس كذلك ، لأنه لو كان مرضيا به ، لكان وكيلا لا فضوليا .

ولئن سلمنا أنه مرضى به من جهة المالك – لم قلتم بأنه أمكن تصحيح تصرف الفضولى ، وهذا لأن الإجازة إذا اتصلت[2] بهذا التصرف ، يثبت الملك فى حكم [ما] يتضرر به المالك وما لا يتضرر به جميعا ، وتصرف الفضولى ما انعقد على هذا الوجه بالإجماع .

ولئن سلمنا أنه أمكن تصحيحه ، ولكن إنما ينعقد إذا كان مفيدا ، وإنه غير مفيد[3] ، لأن المشترى يحتاج إلى إجازة المالك فيكون وجوده وعدمه سواء ، وصار كشراء الفضولى ، فإنه لا يصح بالإجماع . ثم إنه بيع فيه خيار الإبطال أبدا ، وإنه

---

(١) لعل المراد « الملك » أى الملك الموقوف – انظر فيما يلى المسألة ١٣٨ ص ٣٣٠ – ٣٣٢ .

(٢) فى الأصل كذا : « الإجارة إذ اتصلت .. » .

(٣) فى الأصل : « غير مقيد » انظر الهامش ٤ — ٦ ص ٣٢٩ .

فاسد ، ولأنه بيع فيه غرر ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر[١] ، ولأنه بيع ما ليس عنده وقال عليه السلام : « لا تبع ما ليس عندك »[٢] .

الجواب :

قوله : لا يتصور التمليك - قلنا : يتصور ، لأنه لا يستحيل أن يرد الشرع بثبوت الملك بدون رضا المالك ، أو إن كان يقف على رضا المالك لكن رضا المالك متصور فى كل زمان .

قوله : بأن السبب ما يلازمه الأثر - قلنا : تصرف الفضولى لا يعرف كونه سببا حال وجوده ، بل يتوقف على الإجازة ، فبعد الإجازة نعلم أنه كان سببا ، كالجرح والقتل .

قوله : لو كان مرضيا به لكان وكيلا - قلنا : ليس كذلك ، لأن الوكيل من وكله المالك بلفظ التوكيل ، ولم يوجد .

قوله : الإجازة إذا اتصلت به ثبت الملك ، فيما لا يتضرر به ، وهو ما انعقد ، كذا قلنا : إذا وجدت الإجازة تبين أن تصرف الفضولى[٣] كان مقتضيا للملك فى حق جميع الآثار ، وإن ثبوت الآثار لم تكن ضررا فى حقه .

قوله : إنما ينعقد إذا كان مفيدا وهو غير مفيد[٤] - قلنا : لا نسلم ، بل هو مفيد[٥] لأنه يفيد[٦] توقف الإعتاق الصادر من المشترى ، ويفيد استحقاق الكسب والولد عند الإجازة .

---

(١) بلوغ المرام ، رقم ٦٦٢ ص ١١٩ و ٦٦٥ ص ١١٩ ورقم ٦٨٦ ص ١٢٣ : « وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « لا تشتروا السمك فى الماء فإنه غرر » رواه أحمد وأشار إلى أن الصواب وقفه » .

(٢) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٦٦٥ ، ص ١١٩ .

(٣) فى الأصل كذا : « الفضول » - انظر ما يلى بعد قليل .

(٤ - ٦) فى الأصل : « مقيد - مقيد - يقيد » راجع الهامش ٣ ص ٣٢٨ .

١/١١٧ وأما شراء الفضولى / فإنما لا يجوز ، لأنه وجد نفاذا على المشترى - أما ههنا بخلافه .

قوله : بأنه بيع فيه خيار الإبطال أبدا - قلنا : نعم ، ولكن هذا لا يوجب فساد البيع ، كخيار العيب .

قوله : فيه غرر - قلنا : الغرر فى ترتيب الآثار على البيع لا فى نفس البيع ، فلا يوجب الفساد .

قوله : هذا بيع ما ليس عنده - قلنا : بلى ، ولكنه بيع من جهة الغير ، لا من جهة نفسه ، **والنهى ورد على بيع حكيم بن حزام**(١) ، **وإنه كان يبيع من جهة نفسه .**

١٣٨ ــ **مسألة** : المشترى من الغاصب إذا أعتق العبد المشترَى ، يصح ويتوقف على إجازة المالك البيع . فإذا أجاز البيع ، يعتق على المشترى ، ويكون الولاء له .

والوجه فيه - أن هذا الإعتاق صادف ملكا موقوفا ، فوجب أن يصح موقوفا ويتم عند تمام الملك له ، بإجازة المالك ، قياسا على إعتاق المشترى من الراهن بدون إجازة المرتهن .

---

(١) قال فى البدائع ، ٥ : ١٤٧ : « .. روى أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها ويأخذ الثمن منهم ثم يدخل السوق فيشترى ويسلم إليهم فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال : لا تبع ما ليس عندك » وانظر فيه أيضا ص ١٤٨ ــ ١٤٩ . وابن قدامة ، المغنى ، ٤ : ٢٢٧ وفيه : « .. قول النبى ﷺ لحكيم بن خزام : « لا تبع ما ليس عندك » رواه ابن ماجة والترمذى وقال حديث حسن صحيح يعنى ما لا تملك » وانظر : بلوغ المرام ، رقم ٦٨٤ ص ١٢٣ عن عروة البارقى ، وكذا سبل السلام ، ٣ : رقم ٧٧٢ ص ٨٣٣ . ٨٣٤ وانظر كتابنا : أحكام المعاملات المالية فى المذهب الحنفى ، جـ ١ ص ١٨٤ وما بعدها . وبحثنا : « العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى » مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٢٥ ، العددان ١ ، ٢ ، مارس ويونية سنة ١٩٥٥ ، ص ١١٠ ــ ٢٠٠ .

وإنما قلنا ذلك - لأن البيع الصادر من الغاصب وقع تمليكا لما مر ، والتمليك يقتضى ثبوت الملك بجميع آثاره ، فيثبت الملك المقتضى لجميع آثاره ، إلا أنه امتنع ثبوت بعض **الآثار ، وهو الذى يتضرر به المالك ، ولا مانع فيما لا يتضرر به ، فيثبت الإعتاق** موقوفا .

والمعنى من صحة الإعتاق موقوفا ، انعقاده مقتضيا للأثر المختص به ، وهو العتق مع امتناع ثبوته لمانع وهو ضرر المالك ، وتمامه يترتب الآثار عليه عند الإجازة . وإذا ثبت الملك يثبت حكمه وأثره .

فإن قيل : قولكم بأنه امتنع ثبوت بعض الآثار - قلنا : الملك حكم شرعى [و] حيث يثبت ، يقتضى ثبوت جميع الآثار . فإثباته على وجه لا يترتب عليه بعض الآثار غير مشروع .

ولئن سلمنا أنه مشروع ، ولكنه غير ممكن ، لأن الملك ثابت للمالك بجميع الآثار ، فلا يمكن إثباته للمشترى فى حق بعض الآثار ، لأنه يؤدى إلى الجمع بين ملكين : / دل عليه أن المشترى من الغاصب إذا باع والمسألة بحالها لا ينفذ البيع . ٢/١١٧

ولئن سلمنا أنه أمكن ، ولكن إنما يثبت إذا دل الدليل على ثبوته ، وهو رضا المالك ، ولم يوجد لما فيه من الضرر ، وصار كالمشترى بشرط الخيار إذا أعتق لا يتوقف ، وإن صادف ملكا موقوفا . وكذا الغاصب إذا أعتق ثم ملكه بأداء الضمان لا ينفذ[1] . وكذا الطلاق فى نكاح الفضولى لا يتوقف .

الجواب :

قوله : الملك على هذا الوجه غير مشروع - قلنا : نحن نثبت للمشترى وصفا مقتضيا لإطلاق التصرف له فى حق بعض الآثار دون البعض ، احترازا عن تضرر **المالك ، وهو المعنى بالملك الموقوف ، وإنه مشروع .**

---

(١) كذا فى الأصل .

قوله : هو غير ممكن لأنه جمع بين ملك المالك وملك المشترى – قلنا : نحن أثبتنا الملك للمشترى فى حق حكم لم يثبت للمالك فى حقه ، وهو توقف الإعتاق عليه ، فلا يؤدى إلى التمانع . وأما المشترى من الغاصب إذا باع – قلنا : ثمة لا يمكن إثبات الملك للمشترى الثانى أصلا ، فيبطل الشراء أصلا .

قوله : لم يوجد دليل الملك وهو رضا المالك ، لما فيه من الضرر – قلنا : لا نسلم ، بل وجد الرضا لأنه نافع فى الجملة . وأما المشترى بشرط الخيار إذا أعتق – إنما لا يصح ، لأنه لَم يَملك المحل أصلاً ، لأن الملك إنما يثبت بالسبب ، واشتراط الخيار مانع ، أما ههنا بخلافه . وأما الغاصب إذا أعتق ثم ملكه إنما لا يصح لأن الغصب ليس بسبب للملك ، لأن الملك فيه يثبت مستندا ، وذلك بطريق الضرورة ، فلا يثبت فى حق حكم العتق . وأما الطلاق فى النكاح الموقوف إنما لا يقع ، لأنه لم يصادف الملك والعبد أصلا[١] – أما ههنا بخلافه .

١٣٩ ــ **مسألة** : خيار الشرط لا يورث – خلافا له[٢] .

١/١١٨ والوجه فيه / – أن فسخ الوارث إبطال لملك معصوم حقا للغير ، فوجب أن لا يجوز ، قياسا على الفسخ بعد مضى ثلاثة أيام .

وإنما قلنا ذلك – لأن استثناء مدة الثلاث عن البيع لاستيفاء المصلحة التى اشتبهت عليه ليتأمل فى مدة الخيار ، فيعرف المصلحة ، فيكون مقيدا بحال أهلية التأمل[٣] ، فإذا مات بطلت الأهلية فيبطل الاستثناء فيصير البيع باتا ، فكان فسخ الوارث إبطالا لملك ثابت ، فلا يجوز .

---

(١) الظاهر : أى وكذا فى العبد أصلا .

والظاهر أن المقصود هنا : العبد إذا أعتقه من اشتراه بشرط الخيار أو أعتقه الغاصب ثم ملكه على ماتقدم هذا .

(٢) قال السمرقندى فى التحفة ، ٢ : ١٠٢ : « إذا مات المشروط له الخيار فإنه يسقط الخيار ولا يورث ، سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى أو لهما . وقال الشافعى : يورث ويقوم الوارث مقامه ... » .

(٣) فى الأصل كذا : « السامل » – وانظر العبارة فيما يلى .

فإن قيل : لا نسلم بأن الملك ثابت للمشترى فى مدة الثلاث ، وهذا لأن ثبوت الملك للمشترى فى المبيع[١] ، إنما يكون بثبوت ملك البائع فى الثمن ، لأن الميت ليس بأهل للملك ، فلا يثبت ملك المشترى .

ولئن سلمنا أنه يثبت الملك للمشترى ، ولكن لم قلتم بأن غرضه من الاستثناء التأمل فى المصلحة ، وظاهر أنه ليس كذلك ، لأن كلامه يوجب الاستثناء مدة الثلاث مطلقا ، فلا يجوز تقييده بالحياة .

ولئن سلمنا أن شرط الخيار لهذا الغرض ، ولكن بالموت بطلت أهلية التأمل بنفسه أم بخلفه ؟ م ع . بيانه - وهو أنا أجمعنا على أن الوارث يقوم مقامه فى استيفاء المصلحة المطلوبة من خيار العيب وخيار الرؤية ، فيكون خلفه فى خيار الشرط لمصلحة دفع الغبن[٢] ، والدليل على أن هذه الأهلية لا تبطل بالموت أنه لا تبطل بالجنون ، لقيام الخلف مقامه ، وهو القاضى ، وكذلك العبد المأذون مع المولى .

ولئن سلمنا أن أهلية التأمل بطلت ، لكن لم قلتم بأن البيع يصير باتا ويثبت الملك ، وهذا لأن شرط الخيار إنما كان ليعرف المصلحة ، فإذا مات قبل معرفة المصلحة فلو ثبت الملك يثبت لا على وجه المصلحة ، فلا يجوز .

الجواب :

أما قوله بأن ملك المشترى يقف على ملك البائع فى الثمن ، ولم يوجد ، لأنه مات[٣] فلا يكون أهلا للملك - قلنا : الملك للبائع بعد موته فى الثمن ممكن ، بدليل أنه لو نصب ثم مات ثم / تعلق به صيد ، يثبت الملك للميت ابتداء ، حتى يقضى به ديونه ويجهز به . ٢/١١٨

---

(١) فى الأصل : « فى البيع » .

(٢) فى الأصل كذا : « العين » - قال السمرقندى فى التحفة ، ٢ : ١١٠ : « .. خيار الشرط شرع لدفع الغبن لحديث حبان بن منقذ » - راجع أيضا . التحفة ، ٢ : ٩٣ .

(٣) فى الأصل : « لأنه شب » - راجع فيما سبق قوله : « لأن الميت ليس بأهل للملك فلا يثبت ملك المشترى » وانظر قوله فيما يلى .

قوله : كلامه يوجب الاستثناء مدة الثلاث مطلقا ، فلا يجوز تقييده بالحياة – قلنا : يجوز تقييده بدلالة الحال ودلالة الغرض[١] على ما عرف .

قوله بأن الوارث قائم مقامه – قلنا : لا نسلم . بيانه : وهو أنه أقدم على البيع لاستيفاء مصلحة نفسه لا مصلحة غيره ، والناس مختلفون فى المصالح ، بخلاف خيار العيب وخيار الرؤية ، لأن الرؤية والعيب يستوى فى علمه جميع الناس ، أما ههنا بخلافه .

أما إذا جن من له الخيار – قلنا : بقى الخيار لرجاء الإفاقة فى الثلاث . فإن أفاق عاد الخيار وإلا يصير البيع باتا بمضى الثلاث .

وأما العبد المأذون فالمولى لا يقوم مقامه فى الخيار ، بل يثبت الخيار للمولى ابتداء – أما هنا بخلافه .

قوله : الخيار ليعرف المصلحة – فإذا مات قبل معرفة المصلحة ، فلو ثبت الملك ثبت لا على وجه المصلحة . – قلنا : شرط الخيار لمصلحتين : مجملة تتعلق بنفس البيع ، ومفصلة تتعلق بالتأمل ، وهنا فاتت المفصلة ، فثبت الملك للمصلحة المجملة .

١٤٠ ـــ **مسألة** : رجلان اشتريا شيئا على أنهما بالخيار ثلاثة أيام ، لا ينفرد أحدهما بالفسخ . وكذا فى خيار الرؤية وخيار العيب – خلافا لهما .

والوجه فيه – أن شرط الرد قد فات ، فيمتنع الرد ، قياسا على ما إذا تعيب المبيع فى يد المشترى .

وإنما قلنا ذلك – لأن شرط الرد كون المبيع على الحالة التى كان عليها عند البيع ، لأنه مارضى بعود المبيع إلى ملكه معيبا بعيب حادث ، لما فيه من ضرر الخسران ، والمبيع ههنا تعيب بعيب حادث ، لأنه صار مشتركا ، والشركة فى الأعيان عيب ، بدليل الحكم والمعقول :

أما الحكم – [فقد] أجمعنا على أنه لو اشترى شيئا فاستحق بعضه ، يثبت له حق الرد بعيب الشركة .

---

(١) فى الأصل : « العرض » .

وأما المعقول - فهو أن العيب / ما يخل بالانتفاع بالمبيع ، والشركة تخل به ، حتى لو كان جارية مشتركة لا يحل له وطؤها ، فثبت أن الشركة أوجبت عيبا ، فيفوت شرط الرد . ١/١١٩

فإن قيل : قولكم بأن المبيع هنا تعيب بعيب حادث - قلنا : لا نسلم .

وأما الشركة - قلنا : لا نسلم بأنه يصير مشتركا ، وهذا لأن كل واحد منهما يرد كل المبيع عندنا ، فلا يصير مشتركا .

ولئن سلمنا أن كل واحد منهما لا ينفرد بالرد فى الكل ، لكن لم لا ينفرد برد نصيبه ؟ .

قوله : شرط الرد كون المبيع غير معيب بعيب حادث - قلنا : بعيب حادث قبل القبض أم بعده ؟ ع - ولا يمكن دعواه ، لأن العيب الحادث قبل القبض لا يمنع الرد . والثانى[١] مسلم - ولكن هذا عيب حادث قبل القبض ، لأنه لما[٢] وجد البيع صار العين مشتركا فى الحال ، فكان قبل القبض ، فلا يمنع الرد .

ولئن سلمنا أنه بعد القبض - ولكن لم قلتم بأنه مارضى بعوده إلى ملكه معيبا ؟ وهذا لأن إقدامه على البيع مع علمه بكونه معيبا ومع علمه بأنهما قد يتفقان وقد لا يتفقان ، دليل على كونه راضيا بعيب الشركة ، وصار كما إذا اشترى عبدا على أنه بالخيار فى النصف ، ينفرد كل واحد منهما برد النصف - كذا هذا .

ولئن سلمنا أن فى الرد ضررا بالبائع ، ولكن فى منع الرد ضرر بالمشترى .

الجواب :

قوله : كل واحد منهما يرد كل المبيع - قلنا : هذا مخالف مذهب الخصم ، لأن المنقول من مذهبه أن كل واحد منهما ينفرد برد نصيبه .

---

(١) فى الأصل كذا : « والثا » بدون « نى » .

(٢) فى الأصل تبدو : « كما » .

قوله : المانع من الرد عيب حادث قبل القبض أم بعده ؟ - قلنا : الدليل يقتضى المنع من الرد بعيب حادث قبل القبض وبعده ، فيضرر البائع ، إلا أنا توافقنا على تحمل ضرر عيب يحدث قبل القبض ، ولكن بشرط أن لا يمكن الرد بدون ذلك العيب ، كفوات الطرف - وهنا أمكن بأن يتفقا عليه .

٢/١١٩ قوله : إقدامه على البيع مع العلم بالعيب دليل الرضا بالرد / - قلنا : ذاك دليل الرضا ، بأن يعود إليه معيبا بذلك العيب لا بعيب آخر . ويمكن ذلك باتفاقهما عليه ، بخلاف ما ذكر من الصورة ، لأنه ثمة وجد الرضا صريحا - أما ههنا بخلافه . .

وأما ما ذكر من المعارضة - قلنا : دفع الضرر عن البائع أولى ، لأنه ضرر لا يقابله عوض ، وضرر المشترى يقابله عوض ، وهو الرجوع بالنقصان(١) ، فكان دفع الضرر الأعلى أولى .

١٤١ ــ **مسألة** : المشترى إذا أفلس بعد قبض المبيع أو مات مفلسا ، لا يثبت للبائع حق الفسخ ، بل يباع المبيع ويقسم بين الغرماء بالحصص . وعنده : يثبت للبائع حق .

والوجه فيه - أن الفسخ لم يتعين طريقا لإيفاء حق البائع ، فوجب أن لا يثبت للبائع حق الفسخ ، قياسا على ما إذا مات مليئا(٢) .

وإنما قلنا ذلك - لأن البائع كما يمكنه الوصول إلى حقه بالفسخ ، يمكنه الوصول إلى حقه بجبر المشترى على بيع المبيع أو يبيع القاضى ، فيصل الثمن إلى البائع .

وإذا ثبت أن الفسخ لم يتعين طريقا ، وجب أن لا يثبت حق الفسخ ، لأن فى الفسخ إبطال ملك المشترى عن المبيع ، وهو ضرر .

فإن قيل : قولكم بأن الفسخ لم يتعين طريقا لإيفاء حقه - قلنا : هذا إنما يستقيم أن لو كنا نثبت حق الفسخ للبائع لإيفاء حقه فى الثمن ، وليس كذلك ، بل لإيفاء حقه فى المبيع .

---

(١) فى الأصل كذا : « بالقصان » .

(٢) فى الأصل : « مليا » ومَلُؤَ الرجل صار مليئا أى ثقة فهو مَليءٌ - مختار الصحاح .

ولئن سلمنا أن حق الفسخ يثبت لإيفاء حق البائع فى الثمن ، لكن لم قلتم بأنه لا يثبت ؟ .

قوله : الفسخ لم يتعين طريقا ، لأنه يمكن إيفاؤه بالجبر على البيع - قلنا : لا يمكن الجبر لتعلق حق [المشترى] بالمبيع .

ولئن سلمنا أنه يمكن الجبر ولكن لا يمكن إيفاء كل[1] الثمن إلى البائع ، لتعلق حقوق الغرماء به .

ولئن سلمنا أنه يمكن إيفاء كل الثمن إلى البائع ، لكن فى الحال أم بواسطة البيع ؟ ع م - ولكن إذا عجز عن استيفاء الثمن فى الحال لم لا يثبت له **حق الفسخ ؟** - ألا ترى أنه لو اشترى / عبدا فوجده مرهونا يثبت له حق الفسخ وإن كان إمكان التسليم بعد فك الرهن **قائما** - كذا هذا .   ١٢٠/١

ولئن سلمنا أنه أمكن إيفاء حقه بطريق آخر ، ولكن أمكن بطريق الفسخ أيضا .

قوله بأن الفسخ إضرار بالمشترى لما فيه من إبطال ملكه - قلنا : هذا الضرر يلزمه لا محالة ، لأن بالبيع يزول ملكه ، فأنتم تلزمونه هذا الضرر بالبيع ، ونحن بالفسخ - فلم كان ما ذكرتم أولى ؟ .

ثم التعليل معارض بما روى عن أبى هريرة قال : « سمعت النبى ﷺ يقول : **من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غير [ه] » - أخرجه** البخارى ومسلم[2] .

---

(١) « كل » تبدو فى الأصل كأنها مشطوبة ، لكن سيأتى فى الجواب : « كل الثمن » .

(٢) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٧٢٥ ص ١٣٠ - ١٣١ : عن أبى بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره » متفق عليه . ورواه أبو داود ومالك من رواية أبى بكر بن عبد الرحمن مرسلا بلفظ : « أيما رجل باع متاعا فأفلس الذى ابتاعه ولم يقبض الذى باعه من ثمنه شيئا فوجد متاعه بعينه فهو أحق به . فإن مات المشترى فصاحب المتاع أسوة الغرماء » ووصله البيهقى وضعّفه تبعا لأبى داود . وروى أبو داود وابن ماجة من رواية عمر بن خلدة : أتينا أبا هريرة فى صاحب لنا =

الجواب :

قوله يثبت حق الفسخ لإيفاء حقه فى المبيع – قلنا : إنما يستقيم هذا أن لو بقى حقه فى المبيع ، وقد انقطع حقه فى المبيع بالبيع ، حتى لو كان المبيع جارية يحل للمشترى وطؤها .

قوله : لا يمكن إيفاؤه بالجبر على البيع لتعلق حق المشترى – قلنا : وفى الفسخ أيضا إبطال حق المشترى ، فلا يمكن التحرز عنه .

قوله : لا يمكن إيفاء كل الثمن إلى البائع لتعلق حق الغرماء – قلنا : هذا فرض على المجيب . وله أن يفرض فى صورة لم يكن غريم آخر .

قوله : يمكنه إيفاء الثمن فى الحال أم بواسطة البيع ؟ قلنا : بواسطة البيع ، ولكن الواسطة مقدورة له فى كل زمان ظاهرا ، وأما إذا وجد المبيع مرهونا ، لا يثبت له حق الفسخ ، بل له أن يطالبه بالفكاك والتسليم إليه .

قوله : أمكن بطريق الفسخ أيضا – قلنا : الفسخ إضرار .

قوله : هذا الضرر يلحقه لا محالة – قلنا : الضرر الذى يلحقه بالبيع دون الضرر الذى يلحقه بالفسخ ، لأن بالبيع يمكنه التصرف فى الثمن على وجه يوفى حق غرماء أخر ، فكان أولى .

وأما الحديث – قلنا : بما روى هـ السجستانى فى لفظ له : « وإن [مات] المشترى فصاحب المتاع أسوة للغرماء »[١] / .

= قد أفلس فقال : لأقضين فيكم بقضاء رسول الله ﷺ : من أفلس أو مات فوجد رجل متاعه بعينه فهو أحق به . وصححه الحاكم وضعّف أبو داود هذه الزيادة فى ذكر الموت » وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨١٣ ، ص ٨٧٢ ــ ٨٧٥ .

(١) راجع فيما تقدم الهامش السابق .

١٧٠/أ

١٤٢ ـــ **مسألة** : وطء الثيب يمنع الرد بالعيب .

والوجه فيه – أن شرط الرد بالعيب قد فات ، فيمتنع الرد ، قياسا على وطء البكر .

وإنما قلنا ذلك – لأن شرطه كون المبيع على الحالة(١) التى كان عليها عند البيع – والمبيع ههنا تغير عما كان عليه عند البيع ، لأنه بالوطء استوفى ماءها من تربتيها فاحتبس جزء منها(٢) ، فلا يتمكن البائع من اقتضاء الشهوة منها على سبيل الكمال ، فلا يتمكن من الوصول إلى ملك الولد ، فيمتنع الرد .

فإن قيل : التعليل باطل طردا وعكسا : أما طردا – فإنا أجمعنا على أنه لو استوفى ماءها باللمس عن شهوة ، واحتلمت ، لا يمتنع الرد بالعيب . وأما عكسا – فلأن عندكم لو وطئها وهى صغيرة ، يمتنع الرد بالعيب ، وإن لم يوجد استيفاء الماء .

ولئن صح التعليل ولكن لا نسلم بأنه استوفى ماءها – بيانه : أن إنزالها أمر باطن لا يمكن الوقوف عليه ، والوطء ليس بسبب له قطعا ، بل محتملا لاختلاف الناس فيه .

ولئن سلمنا أنه استوفى ماءها ، ولكن لم قلتم بأنه يمتنع الرد ؟

قوله : لأنها تغيرت – قلنا : لا نسلم . وهذا لأن بمجرد البيع زال ملك البائع وتعذر عليه الوصول إلى الولد وقضاء الشهوة ، فلم تتغير بالوطء .

---

(١) فى الأصل كذا : « كون المبيع على المبيع على الحالة » وظاهر أن فى العبارة تكرارا .

(٢) كذا فى الأصل – قال تعالى : ﴿ يخرج من بين الصلب والترائب ﴾ (الطارق : ٧) . وترائب المرأة . والترائب جمع تربية وهو موضع القلادة من الصدر . والولد لا يكون إلا من المائين . وقيل : الترائب ما بين الثديين وقال الضحاك ترائب المرأة [فى] اليدين والرجلين والعينين ... الخ والتربية واحدة الترائب وهو عظام الصدر – راجع : الشوكانى ، فتح القدير ، ٥ : ٤١٩ . فقد أورد أقوالا كثيرة . وفى المعجم الوسيط : الترائب عظام الصدر مما يلى الترقوتين وموضع القلادة . وفى مختار الصحاح : التربية واحدة الترائب وهى عظام الصدر .

ولئن سلمنا أنها تغيرت باستيفاء مائها ، ولكن ماءها فات إلى خلف ، لأن رحمها أو تربتها لا يخلو عن تجدد المياه فيها ، فصار كالإنزاء[١] على البهيمة ، فإنه [ـه] لا يمنع الرد – كذا[٢] هذا .

ولئن سلمنا أنه احتبس جزؤها ، ولكن جزء هو مال أم جزء ليس بمال[٣] ؟ ع م – وماؤها ليس بمال ، لأنه لا يجرى فيه البدل والمعاوضة ، واحتباس ما ليس بمال لا يمنع الرد – ألا ترى أنها لو أرضعت عنده لا يمنع – كذا هذا .

الجواب :

أما قوله : بأنه باطل طردا وعكسا – قلنا : الحكم غير معلق بحقيقة استيفاء الماء ، **فتعلق بسببه، وهو الوطء ، / واللمس ليس بسبب ، وفى الاحتلام لا يقبل قولها على** المشترى ، فلا يحكم به . ١٢١/١

وبه خرج الجواب عن السؤال الذى يليه ، لأن الشرع أقام الوطء مقام نزول الماء ، فى حق ثبوت النسب ، فيكون سببا .

قوله : لم قلتم بأنها تغيرت ؟ قلنا : لأنا هذا الماء الذى نزل منها بوطء المشترى كان موجودا عند البيع ، وقد زال .

قوله : فات إلى خلف – قلنا : فات لا إلى خلف ، لأن الفائت هو الوصول إلى ملك الولد ، وذلك بالوطئات المسبوقة لجميع المياه عادة ، وقد فات ، بخلاف البهيمة فإن الولد يحصل بوطء واحد .

قوله : الفائت جزء[٤] هو مال أم ليس بمال ؟ قلنا : الفائت مقصود مطلوب

---

(١) نزا الفحل وثب وأنزاه جعله ينزو – المعجم الوسيط .

(٢) فى الأصل : « كد » .

(٣) فى الأصل كذا : « جزا هو مال أم جزا ليس بمال » .

(٤) فى الأصل : « حر » .

منها ، وهو كمال الشهوة الذى هو سبب الولد ، بدليل أنه لو اشترى جارية فوجدها رتقاء[١] يثبت له حق الرد ، لفوات المقصود ، بخلاف ما إذا أرضعت ، لأن فوات اللبن ليس بفوات المقصود ، بدليل أنه لو اشترى جارية فوجدها غير ذات اللبن ، ليس له أن يردها - أما ههنا بخلافه .

١٤٣ــ **مسألة** : قال أبو حنيفة : إذا باع نفس العبد منه بجارية أو أعتق عبده على جارية ، ثم استحقت الجارية أو ردت بعيب ، يرجع المولى على العبد بقيمة العبد لا بقيمة الجارية . وعندهم بقيمة الجارية .

والوجه فيه - أن السبب الموجب لتسليم الجارية قد بقى ، وقد عجز عن تسليم نفس الجارية ، فيجب تسليم ما جعل مثلا لها بحكم العقد وهو العبد ، وقد عجز عن تسليم العبد ، فيجب عليه تسليم قيمته ضرورة .

وإنما قلنا - إن السبب الموجب لتسليم الجارية بقى - وذلك لأن السبب إنما هو العقد السابق وقد بقى ، لأنه لو لم يبق إنما لا يبقى بالفسخ ، وإنه لم ينفسخ ، لأنه لا يقبل الفسخ / فعلم أن السبب الموجب لتسليم الجارية قد بقى ، وقد عجز عن تسليم ٢/١٢١ **نفس الجارية ، فيجب عليه تسليم مثلها دفعا للضرر ، ومثلها قد يكون بقيمتها باصطلاح** الناس ، وقد يكون باصطلاح العاقدين ، وهو العبد فى هذه الصورة ، والمثل الذى جعل بتراضيهما أولى ، لأن اصطلاحهما أنفذ فى حقهما ، ومتى عجز عن تسليم العبد ، يجب عليه تسليم مثله ، وهو قيمته دفعا للضرر .

فإن قيل : لا نسلم بأن العبد مثل الجارية ، لأن المماثلة بين الشيئين إنما تكون من حيث الصورة أو من حيث المعنى - وهنا المماثلة من حيث الصورة منتفية . وكذا من حيث المعنى ، لأن المعانى المطلوبة من الجارية غير المعانى المطلوبة من العبد - غاية ما فى الباب أنهما اتفقا على مبادلة العبد بالجارية بالبيع ، ولكن هذا لا يدل على أنهما جعلاهما مثلين ، بل طلب كل واحد منهما ما فى يد صاحبه .

---

(١) المرأة رتقاء انسدت فلا تؤتى - المعجم الوسيط .

والدليل على أن العبد ليس بمثل للجارية ، أنه لو أتلف جارية ، لا يجب عليه عبد ، بل قيمتها .

ولئن سلمنا أن العبد يصلح مثلا للجارية ، ولكن لم قلتم بأنهما جعلاه مثلا ، وهذا لأنهما جعلا العتق عوضا عن الجارية ، لأن نفس العبد والعتق ليس بمال[1] ، فلا يكون له قيمة ، فصار كما إذا تزوج على جارية أو خالع أو صالح عليها ، ثم استحقت : يرجع بقيمة الجارية - كذا هذا .

ولئن سلمنا أن نفس العبد عوض الجارية ، ولكن إنما يجب تسليمه إذا أمكن ، ولا يمكن ، لأنا لو قلنا بوجوب تسليم العبد ، لما أنه مثل الجارية ، فإذا عجز عن تسليم العبد ، يجب تسليم الجارية - لأنها مثله بالعقد . وإذا عجز عن تسليم الجارية يجب تسليم العبد ، فيؤدى إلى الدور ، فتجب القيمة ، كى لا يؤدى إلى الدور ، وصار كما إذا كاتب عبده على جارية ثم استحقت ، يرجع / عليه بقيمة الجارية . وكذا إذا تبايعا عبدا بجارية ، وتقايلا ، فهلكت الجارية ، قبل القبض، يرجع بقيمة الجارية . وكذا إذا اشترى دارا بجارية وأخذ الشفيع الدار بقيمة الجارية ثم استحقت الجارية ، يرجع بقيمة الجارية .

١٢٢ /١

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن العبد مثل الجارية - قلنا : نحن لا ندعى كون العبد مثلا للجارية مطلقا ، ولكن ندعى أنه مثلها فى المالية ، بمعنى أن ماليته مقدرة بمالية الجارية ، وإنه كذلك ، بدليل أنه لو باع الجارية [بالعبد] فهلكت الجارية فى يد البائع قبل قبض المشترى ، تهلك مضمونة بالعبد ، بخلاف ما إذا استهلكـ [ـها] ، حيث يجب قيمتها ، لأن هناك لم يوجد اصطلاح العاقدين .

قوله : إنهما جعلا العتق عوضا لا نفس العبد - قلنا : لا نسلم ، بل العوض نفس العبد ، لأن العوض ما يستفاد من جهة المعوض ، والعاقد إنما يمكنه التعويض بما يملكه

---

(١) « بمال » غير ظاهرة وقد تكون « مال » وقد كتبت بحروف صغيرة جدا بين السطرين .

وهو النفس ، لا العتق ، إلا أن حصول العتق من ضروراته[١] ، بخلاف الصلح والخلع ، فإن العوض ثمة سقوط القصاص وسقوط ملك النكاح .

قوله : يؤدى إلى الدور - قلنا : لا نسلم . بيانه - أنه إنما يؤدى إلى الدور أن[٢] لو وجب تسليم الجارية عند العجز عن تسليم العبد ، وإنه لا يجب . أما يجب تسليم العبد عند العجز عن تسليم الجارية ، لأن الجارية واجبة للمولى ، بالعقد ، والعقد باق ، فيلزم العبد ، إذا عجز عن تسليمها ، تسليم بدلها وهو العبد . فأما العبد فلا يجب تسليمه بالعقد ، بل بحكم أنه قيمة الجارية .

وأما مسألة الكتابة[٣] - فهى على هذا الخلاف .

وأما الإقالة - قلنا : الإقالة فسخ ، وليس ببيع ، فلم يبق العقد[٤] .

وأما مسألة الشفعة - قلنا : الموجب الأصلى ثمة تسليم قيمة الجارية / ولم يقع العجز عنها - أما ههنا بخلافه . ٢/١٢٢

١٤٤ ــ **مسألة** : سَلَم الحال بغير الأجل لا يجوز .

والوجه فيه - أن المسلم إليه لا يخلو : إما أن يكون قادرا على تسليم مثل المسلم فيه فى الحال ، أو لا يكون قادرا .

فإن كان قادرا - لا يجوز ، لأن عقد السلم جوز بطريق الضرورة ، لأنه جوز بطريق الرخصة ، لما روى فى الحديث « أنه رخص فى السَّلَمَ »[٥] والرخصة إباحة الشيء مع قيام دليل الحرمة للضرورة ، ولا ضرورة فيما إذا كان قادرا ، فلا يجوز .

---

(١) فى الأصل كذا : « من ضروره انه » .

(٢) فى الأصل كذا : « الدوران » .

(٣) وهى ما إذا كاتب عبده - راجع ما تقدم .

(٤) راجع تكييفها فى : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ١٦٣ ــ ١٦٥ .

(٥) روى أن النبى ﷺ « نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص فى السلم » - انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٥ . وكتابنا : أحكام المعاملات المالية فى الفقه الحنفى ، جـ ١ ص ٥١٤ وما بعدها .

وإن لم يكن قادرا فى الحال – لا يجوز ، لأنه يؤدى إلى المنازعة ، لأن صاحبه يطالبه بالتسليم ، وهو يمنع بحكم العجز ، وكل عقد يفضى إلى المنازعة ، فهو حرام(١) .

فإن قيل : قولكم بأن الرخصة إباحة الشيء المحرم لضرورة – قلنا : لا نسلم بأن قيام الضرورة شرط بل الرخصة إباحة الشيء مع المحرِّم .

ولئن سلمنا أن قيام الضرورة شرط ، ولكن فى الجملة أم الحال ؟ م ع – ولا يمكن دعواه بدليل أنه لو كان له نقود كثيرة فباشر السلم ، يجوز .

ولئن سلمنا أنه لا يجوز السلم على تقدير القدرة على التسليم ، لم لا يجوز على تقدير العجز عن التسليم فى الحال ؟ .

قوله : بأنه يؤدى إلى المنازعة – قلنا : الاعتراض عليه من وجهين :

أحدهما – نقول : الشرط وجود التسليم حقيقة أم باعتبار الدليل ؟ ع م – وهذا لأن حقيقة التسليم قد تمتنع لمانع فى الحال ، فتعلق الحكم بدليل وقد وجد ، لأنه باشر سَلَم الحال ، فدل على القدرة فى الحال .

والثانى – أن الشرط هو القدرة على التسليم حال وجوب التسليم أو قبل وجوبه ؟ م ع – بيانه : أن التسليم إنما يجب بعد العقد ، وبعد العقد يصير قادرا على التسليم ، لأنه ملك رأس المال فى المجلس فيمكنه أن يشترى به مثل المسلم فيه(٢) .

١/١٢٣ ثم التعليل معارض بما روى عن النبى ﷺ / « أنه رخص فى السلم » مطلقا(٣) .

(١ – ٢) راجع فى السلم : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٤ وما بعدها وفيه (ص ٢١١) أنه يشترط فى المسلم فيه « أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت محل الأجل . ولا يتوهم انقطاعه عن أيدى الناس ، كالحبوب . فأما إذا كان منقطعا وقت العقد أو وقت حلول الأجل أو فيما بين ذلك – فإنه لا يجوز عندنا . وقال الشافعى : إن كان موجودا وقت محل الأجل يجوز ، وإن كان منقطعا فى غيره من الأحوال » .

(٣) راجع فيما تقدم الهامش ٥ ص ٣٤٣ .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن قيام الضرورة شرط للرخصة ؟ - قلنا : لأ [ن] الرخصة إنما تكون مع قيام الدليل المحرم ، ولا يجوز ترك الدليل المحرم إلا للضرورة .

قوله : الضرورة شرط فى الجملة أم الحال ؟ قلنا : الشرط قيام الضرورة ، إما باعتبار **ذاتها أو باعتبار دليلها ، وفيما إذا كانت له أموال كثيرة فأسلم إلى أجل وجد دليل** الضرورة ، وهو الإقدام على السلم .

قوله : الشرط وجود التسليم حقيقة أم باعتبار الدليل ؟ قلنا : الشرط وجود التسليم ، كى لا يؤدى إلى المنازعة .

قوله : وجد دليل التسليم ، وهو الإقدام على السلم - قلنا : ذلك لا ينفى المنازعة ، لأن المنازعة إنما تنقطع بحقيقة التسليم .

قوله : بعد العقد يصير قادرا - قلنا : لا نسلم - بيانه : أن الظاهر أن رب السلم لا يسلم رأس المال إليه فى هذه الصورة إلا بعد إحضار المسلم فيه .

ولئن سلمنا أنه يصير قادرا بعد العقد ، ولكن القدرة على التسليم على هذا الوجه لا تجامع مع الضرورة الداعية إلى السلم ، لأن المسلم إنما يقبض رأس مال السلم ، **ليصرفه فى حوائج نفسه ، لا ليشترى به لرب السلم .**

وأما الحديث - فمعارض بما روى عن عبد الله بن عباس قال : قدم النبى ﷺ المدينة وهم يُسلِفون فى الثمار السنتين والثلاث فقال : من أسلف فى شيء فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »(١) .

---

(١) فى بلوغ المرام ، رقم ٧١٧ ص ١٢٩ : « عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قدم النبى ﷺ المدينة وهم يُسلِفون فى الثمار السنة والسنتين فقال : « من أسلف فى تمر فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » متفق عليه . وللبخارى : « من أسلف فى شيء » . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٠٥ ، ص ٨٦٥ ـــ ٨٦٦ . والسمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٥ . والسَّلَف بيع السلم - المعجم الوسيط وانظر أيضا مختار الصحاح .

والترجيح معنا(١) لوجهين .

أحدهما – أن ما رويناه متفق على صحته – أخرجه البخارى ومسلم .

والثانى – أن ما رويناه مقيد ، وما رويتم مطلق ، فكان ما رويناه أولى .

١٤٥ ــ **مسألة** : إذا أسلم فى المنقطع فى غير حينه وجعل الأجل فى حينه ، أو أسلم فى حينه وجعل الأجل فى حينه ، وهو منقطع / فيما بين ذلك ، لا يجوز . خلافا له(٢) .

٢/١٢٣

والوجه فيه – أنه أسلم فيما لا يقدر على تسليمه عند الأجل ، فوجب أن لا يجوز ، قياسا على ما إذا جعل الأجل فى غير حينه .

وإنما قلنا ذلك – لأن القدرة على التسليم عند الأجل إنما يكون بوجود مثل المسلم فيه فى يده أو ملكه عند الأجل ، وذلك إنما يكون بالاكتساب ، والاكتساب لا بد له من مدة وزمان ، ولا يتمكن من الاكتساب فى كل هذه المدة ، لأنه لا يتمكن من الاكتساب فى زمان الانقطاع لانعدامه ، فلا يقدر على التسليم ، فلا يجوز السلم .

فإن قيل : قولكم بأنه لا يتمكن من الاكتساب فى زمان الانقطاع – قلنا : لا نسلم ، وهذا لأن الاكتساب كما يكون بطريق النقل من يد غيره إلى يده ، يكون بواسطة الاستحداث والزراعة ، فيكون قادرا فى كل المدة ، ولأنه قادر فى مدة الانقطاع على اكتساب الثمر والمواضعة(٣) مع البائع إلى أوانه ، فيكون قادرا فى كل المدة .

ولئن سلمنا أنه غير قادر على الاكتساب فى كل هذه المدة ، ولكن لا نسلم بأنه إنما ضرب هذه المدة ليقدر على التسليم بالاكتساب فى كل هذه المدة ، بل ليقدر بالاكتساب فى بعضها وهو مدة الوجود .

الجواب :

قوله : الاكتساب كما يكون بطريق النقل يكون بطريق الاستحداث والزراعة – قلنا : ليس كل أحد يقدر على الزراعة والاستحداث ، فلا يكون هذا طريقا يعم كل المكلفين ، وأما الكسب بطريق النقل [فـ] يعم الكل ، فكان أولى .

قوله : يمكنه ذلك بتحصيل الثمن فى المدة والمواضعة(٤) مع البائع – قلنا : هذا

(١) العين غير ظاهرة فتكون « معنا » وهو الغالب أو « منا » .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ١ – ٢ ص ٣٤٤ .

(٣ ــ ٤) انظر : الكاسانى ، البدائع ، ٥ : ٢٢٠ – ٢٢٨ . وكتابنا : أحكام المعاملات المالية فى الفقه الحنفى ، جـ ١ ص ٤٨٥ وما بعدها .

إشارة إلى الشراء فى الزمان المعين ، والشراء فى زمان معين ، لا يقدره على التسليم ، لأ [نه] قد تتفق المصلحة فى الشراء وقد لا تتفق .

قوله : لم قلتم بأن ضرب المدة كان للقدرة على التسليم فى كل المدة - قلنا : شرع التأجيل فى باب السلم للإقدار[١] على التسليم ، وتعيينه لهذه المدة دلالة على أنه شرطها للإقدار فيها . على أنه / متى وقع الشك فى القدرة لا تثبت بالشك ، ولو فرضنا الكلام فيما إذا كان كل المدة زمان الانقطاع شرطا[٢] للسؤال . ١٢٤

والله أعلم .

١٤٦ ـــ **مسألة** : السلم فى الحيوان لا يجوز ، وإن بين أوصافه . وعنده : يجوز إذا بين جنسه ونوعه وسنه ووصفه[٣] .

والوجه فيه - أن هذا عقد لا يعرى عن المنازعة ، فوجب القضاء بفساده ، قياسا على السلم فى اللآلىء والفصوص[٤] .

وإنما قلنا ذلك - لأن المسلم فيه ، حيوانا كان أو غيره ، لا يكون معينا مشارا إليه ، بل هو غائب أو معدوم يعرف بذكر أوصافه ، والحيوان مختص بحالة لا يمكن إعلامه بذكر أوصافه على وجه لا يبقى بينه وبين غيره تفاوت فاحش مع اشتماله على تلك الأوصاف ، وإذا بقى التفاوت الفاحش فى القيمة جاءت المنازعة ، لأن رب السلم يطالبه بتسليم حيوان ، وصاحبه يسلم أدنى منه ، فيؤدى إلى المنازعة ، فيفسد العقد .

فإن قيل : قولكم بأنه لا يمكن إعلامه بذكر أوصافه على وجه لا يبقى التفاوت - قلنا : لا نسلم بأنه يتصور التفاوت والجهالة فى المسلم فيه - بيانه : أن المسلم فيه ليس

---

(١) أقدره اللهُ على الأمر قواه عليه - المعجم الوسيط .

(٢) فى الأصل : « شرط » . وراجع فيما تقدم الهامش ٣ ـــ ٤ ص ٣٤٦ والهامش ١ ـــ ٢ ص ٣٤٤ .

(٣ ـــ ٤) انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ١٥ ـــ ١٦ .

بشيء موجود لا فى يَده ولا فى ملكه ، بل هو مملوك فى الذمة ، يصير موجودا حكما بالوصف ، **بقدر ما يصير مذكورا ، فلو تحقق التفاوت يتحقق فى الموجود ، لا فى المسلم فيه ، فلا يفسد .**

ولئن سلمنا أنه يتصور التفاوت ، ولكن إذا بين وضفه وسنه ونوعه لم يبق بعد ذلك إلا تفاوت يسير ، فلا يمنع جواز العقد .

ولئن سلمنا أنه يبقى تفاوت ، ولكن هذا تفاوت غير مستحق بالعقد ، فلا يفسد .
ولئن سلمنا أنه تفاوت فى المستحق بالعقد ، لكن لم قلتم بأنه يؤدى إلى المنازعة ، وإنما يؤدى / إلى المنازعة إذا كان يوجد فى يد المسلم إليه ، أو كان يوجد ولكن لا يطالبه رب السلم ظاهرا وغالبا ، وإن طالبه فالقاضى يقطع الخصومة . ٢/١٢٤

الجواب :

قوله : لا يتصور التفاوت والجهالة فى المسلم فيه - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - أنه يتصور الجهالة والتفاوت فى نفس المسلم فيه ، لأن المسلم فيه هو الحيوان الموصوف فى الذمة .

والثانى - أن يوجد التفاوت فى نفس المسلم فيه ، لكن يتحقق التفاوت فيما يجب تسليمه عند محل الأجل ، بدلا عن الموصوف فى الذمة .

قوله : إذا بين جنسه ووصفه لم يبق إلا تفاوت يسير - قلنا : ليس كذلك بل يبقى بينهما تفاوت فاحش ، لأن بين الحيوان والحيوان تفاوتا فاحشا فى القيمة .

قوله : هذا تفاوت غير مستحق بالعقد - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - أنه تفاوت فى المستحق بالعقد ، لأن المستحق بالعقد هو الموصوف بهذه الأوصاف .

والثانى - إن كان تفاوتا فى غير المستحق بالعقد ، لكن هذا يكفى لجريان المنازعة ، لما ذكرنا .

قوله : إنما يؤدى إلى المنازعة إذا كان يوجد فى يد المسلم إليه - قلنا : وجوده فى يده وملكه ليس بشرط للمنازعة والمطالبة ، بل وجوده فى العالم يكفى - ألا ترى أنه لو أسلم فى الحنطة فحل الأجل وليس فى ملكه ، تتوجه إليه المطالبة .

قوله : الظاهر أنه لا يطالبه - قلنا : إنما يرضى بهذا[١] الحيوان بهذا الثمن اليسير ، إذا لم يمكنه الوصول إلى ما هو أجود منه ، وهنا أمكن ، فالظاهر أنه لا يقنع به .

قوله : القاضى يكلفه بقطع الخصومة - قلنا : بلى ، ولكن كما يتمكن من التسليم بتعيينه ، يتمكن من التسليم بتعيين غيره .

والله أعلم .

١٤٧ ــ **مسألة** : إذا اختلف المتبايعان فى مقدار الثمن ، والسلعة هالكة بعد القبض ، لا يتحالفان ، والقول قول المشترى مع / يمينه . وعنده[٢] يتحالفان ويترادان العقد بالقيمة . /١٢٥

وأجمعوا أن السلعة[٣] إذا كانت قائمة يتحالفان ، سواء كان قبل القبض أو بعد القبض .

وحاصل الخلاف فى تحليف البائع - عندنا : لا يحلف البائع . وعنده : يحلف .

والوجه فيه - أن البائع مدع وليس بمنكر حقيقة ، فلا يحلف على دعواه ، قياسا على سائر المدعيين .

وإنما قلنا ذلك - لأن البائع إنما يكون منكرا أن لو كان المشترى مدعيا حقيقة والمشترى ليس بمدع حقيقة [لأن المدعى][٤] والمتنازع ههنا هو الشراء ، والشراء لا

(١) فى الأصل كأنها « بهذان » .

(٢) « وعنده » غير ظاهرة تماما وظاهرها : « وعده » .

(٣) تبدو كذلك أو « السعه » .

(٤) كلمة غير مقروءة فهى كذلك : « لا المـ » .

يراد لعينه ولا يدعى لذاته ، وإنما يدعى لحكمه ، وحكم الشراء لزوم الثمن وسلامة المبيع . فالمشترى لو كان مدعيا للشراء إما أن يكون مدعيا له للزوم الثمن أو لسلامة المبيع : لا وجه للأول ، لأنه حق الغير فلا يصلح مدعيا فيه . ولا وجه للثانى ، لأن المبيع سالم بدون دعواه والبائع مقر له بذلك ، فلا يكون المشترى مدعيا حقيقة ، فلا يكون البائع منكرا حقيقة . وإذا لم يكن البائع منكرا لا يحلف ، لقوله عليه السلام : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر »[١] جعل جنس الأيمان حجة للمنكرين ، وهذا ينفى كونها حجة للمدعين .

فإن قيل : قولكم بأن المشترى لو كان مدعيا إنما يكون مدعيا لسلامة المبيع والمبيع **سالم له - قلنا : المبيع سالم له بالثمن الذى يدعيه وهو أقل الثمنين ، أو لا بالثمن** الذى يدعيه ؟ ع م - وهذا لأن المبيع سالم له بإقرار البائع بأكثر الثمنين ، وهو يدعى سلامة المبيع بأقل الثمنين وإنه غيره ، فثبت أن المشترى يدعى شيئا لم يقر به البائع ، فكان البائع منكرا حقيقة .

ولئن سلمنا أن المبيع سالم له بالثمن الذى يدعيه ، لكن مع اليمين أم بدون اليمين ؟ م ع - وإنه يدعى سلامة المبيع بالثمن الذى يدعيه ، بالشراء لا باليمين / ، فكان مدعيا حقيقة والبائع[٢] منكرا حقيقة ، بدليل أنه يقبل البينة من المشترى . ٢/١٢

ولئن سلمنا أن المشترى ليس بمدع حقيقة ، لكن لا شك أنه مدع صورة ، فيكون البائع منكرا صورة ، فيكفى ذلك للتحليف[٣] ، بدليل أنهما لو اختلفا فى جنس العقد بعد هلاك السلعة ، بأن ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة ، يتحالفان ، ويترادان .

---

(١) بلوغ المرام ، رقم ١٢٠٩ ص ٢١٩ : « ... وللبيهقى بإسناد صحيح : البينة على المدعى واليمين على من أنكر » . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٣٢٢ ص ١٤٨٣ — ١٤٨٤ .

(٢) فى الأصل : « والمشترى » ولعل الصواب : « والبائع » .

(٣) فى الأصل : « التحليف » .

ثم التعليل معارض بقوله عليه السلام : « إذا اختلف المتبايعان ، تحالفا وترادا »(١) .

الجواب :

قوله : المبيع سالم له بالثمن الذى يدعيه أو لا بالثمن الذى يدعيه ؟ – قلنا : وجوب الثمن لا يصلح مقصودا بالدعوى ، فسلامة المبيع بالثمن كيف يصلح مقصودا بالدعوى ، بل من حيث إنه يضمن انتفاء الزيادة التى يدعيها البائع وليس ذاك أثر وجوب الثمن الذى يدعيه المشترى ، لجواز أن يكون ذلك ثابتا والزيادة ثابتة أيضا ، إنما ذلك أثر إنكار المشترى للزيادة ، فهذا يرجع إلى كون المشترى منكرا لا إلى كونه مدعيا .

قوله : المبيع سالم له مع اليمين أم بدون اليمين ؟ – قلنا : بدون اليمين ، لأن المبيع سالم له قبل اليمين بالبيع وإقرار البائع ، إنما اليمين(٢) لدفع الزيادة التى ينكرها ، لا لسلامة المبيع له . وأما المشترى إذا أقام البينة إنما تقبل لوجود صورة الدعوى ، فإن صورة الدعوى تكفى لسماع البينة ، أما صورة الإنكار [فـ] لا يكفى .

وهو الجواب عن السؤال الذى يليه .

وأما الاختلاف فى جنس العقد وجنس الثمن حال هلاك السلعة – فالصحيح أنهما على هذا الخلاف .

وأما الحديث – قلنا : المراد منه حالة قيام السلعة ، لأنه قال : « ترادا » والرد إنما يكون حال قيام السلعة .

والله أعلم .

---

(١) فى بلوغ المرام ، رقم ٦٤٨ ص ١١٦ : « عن ابن مسعود رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إذا اختلف المتبايعان ليس بينهما بينة فالقول ما يقول رب السلعة أو يتتاركان » رواه الخمسة وصححه الحاكم . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٧٣٦ ص ٧٩٢ – ٧٩٣ . وفى الأصل كذا : « إذا اختلفا المتبايعان .. » .

(٢) فى الأصل كذا : « الثمن » .

١٤٨ ــ **مسألة** . الوكيل بالبيع المطلق إذا باع بغبن فاحش ، ينفذ تصرفه على الموكل .

١/١٢٠ **والوجه فيه – أن الموكل وكله / بالبيع المطلق ، وقد أتى بالبيع المطلق ، فوجب أن** ينفذ ، قياسا على ما إذا باع بمثل القيمة .

وإنما قلنا ذلك – لأنه أتى باللفظ المطلق ، وهو قوله : « بع هذا العين » ، واللفظ **المطلق يدل على إرادة المطلق ، وقد أتى به ، لأن البيع بالغبن الفاحش بيع من كل وجه ،** والبيع المطلق هو البيع من كل وجه . والدليل على أنه بيع من كل وجه : الحقيقة والعرف والحكم :

أما الحقيقة – فهو أن البيع تمليك المال بالمال وقد وجد .

وأما العرف – فلأنهم يسمونه بيعا .

وأما الحكم – فلأنه لو حلف أن لا يبيع فباع بغبن فاحش ، يحنث .

فإن قيل : قولكم بأنه وكله بالبيع المطلق وقد أتى به – قلنا : لا نسلم . بيانه – أن التقييد كما يكون باللفظ يكون بالغرض ، وغرض الموكل من التوكيل بالبيع الوصول إلى ثمن المثل ، لكن الظاهر أنه لا يرضى بزوال ملكه عن المبيع إلا بعوض يماثله فى المالية(١) ، كما إذا اشترى شيئا [فإنه] يتقيد بالسليم ، وإن كان اللفظ مطلقا – كذا هذا .

ولئن سلمنا أنه مطلق ، ولكن لا يمكن العمل بإطلاقه ، لأنا لو حملناه على الإطلاق ، يصير توكيلا بالمجهول ، وهو باطل .

ولئن سلمنا أن التوكيل انصرف إلى البيع المطلق ، ولكن لم قلتم بأن المأتى به بيع مطلق ؟ بيانه – أن البيع بغبن فاحش بيع من وجه تبرع من وجه ، بدليل أن الأب والوصى إذا باعا مال الصبى بغبن فاحش لا يجوز ، ولو كان بيعا لجاز . وصار هذا كما

---

(١) فى الأصل كذا : « فى الماللية » .

إذا وكله بالشراء ، فاشترى بأكثر من القيمة : لا يصح - فلا يجوز هنا ، والجامع هو تهمة الخيانة .

الجواب :

قوله : بأنه مقيد بدلالة الغرض - قلنا : لا نسلم بأن غرضه البيع بمثل القيمة لا محالة ، بل محتمل أن غرضه مثل القيمة ، ويحتمل أن غرضه البيع بالأقل ، لأنه ربما يحتاج إلى ملك الدراهم ، ولا يمكنه البيع إلا بالأقل تحصيلا لغرض لا يقبل التأخير .

قوله : لا يمكن **العمل** بإطلاقه ، لأنه يؤدى إلى التوكل بالمجهول - / قلنا : لا ١٢٦/ نسلم ، فإن المطلق ليس بمجهول ولا مجمل ، بل هو معلوم كما فى قوله تعالى : ﴿ فتحرير رقبة ﴾[1] - دل عليه أن التوكيل ههنا صحيح بالإجماع .

قوله : هذا بيع من وجه تبرع من وجه - قلنا : لا نسلم ، لأن كل العين مقابل بهذا القدر .

وأما الأب والوصى إذا باعا بغبن فاحش إنما لا ينفذ ، مع كونه بيعا ، لأنه يعرى عن نفع الصبى وهما لا يملكان التصرف فى مال الصبى إلا على وجه يعرى [عن] الضرر .

وأما فصل الشراء - [فـ] إنما لم يجز لوجود التهمة ، وهى شفقته على نفسه - أما ههنا بخلافه .

(١) المائدة : ٨٩ - ﴿ من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة ... ﴾ فى كفارة اليمين . والمجادلة : ٣ - ﴿ ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ﴾ فى كفارة الظهار .

وفيما يتعلق بتحرير رقبة مؤمنة - انظر : النساء : ٩٢ - فى القتل الخطأ .

[١٧]

كتاب الصرف

١٤٩ ـ [مسألة] : الدراهم والدنانير لا يتعينان فى عقود المعاوضات وفسوخها وإن عينت ، حتى لا يطالب[١] المشترى بأداء تلك الدراهم ، وله أن يمسكها ويسلم غير [ها] ، ولا ينفسخ البيع بهلاكها قبل القبض .

والوجه فيه – أن البيع بالدراهم بيع بثمن ، فكان تعيين هذه الدراهم باطلا ، قياسا على سائر القضايا المخالفة لقضية البيع .

وإنما قلنا ذلك – لأن البيع الذى ذكرت فيه العشرة يقال فيه : إنه بيع بثمن عشرة – وثمن هذا العين فى هذا البيع عشرة – وأد ثمنه – وكل ذلك دلالة على أنه بيع بثمن . فكان تعيين هذه الدراهم باطلا ، لأن حكم البيع بالثمن ثبوت الملك للاستحقاق فى الثمن مقابلا بالمبيع ، لأنه مقابلة المبيع بالثمن ملكا واستحقاقا ، فيقتضى ثبوتـ [ـهما] فى الثمن ، والثمن هو معنى للعين[٢] ، وهو الدين الثابت فى الذمة ، ولهذا توصف العين به ، فيقال بأنه مثمن[٣] . والدين الثابت فى الذمة غير هذه الدراهم ، فلا يقتضى ثبوت الملك فيها .

فإن قيل : قولكم بأن هذا البيع بثمن – قلنا : لا نسلم – بيانه : أن هذا إنما يكون بيعا بثمن : أن لو بقيت الدراهم المذكورة فى البيع عند التعيين ثمنا . أما إذا صارت مبيعا

---

(١) فى الأصل : « لا يطالبه » . والكلام هنا فى عقود المعاوضات بوجه عام .

(٢) « للعين » حسب الظاهر . وسيأتى بعد قليل : « ولئن سلمنا أن الثمن معنى العين » .

(٣) ثَمَّن السلعة قدر ثمنها والثمن العوض الذى يؤخذ على التراضى فى مقابلة المبيع ، عينا كان أو سلعة – المعجم الوسيط . راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٣١٨ .

فلا ، وإنها صارت مبيعا بالتعيين فى باب / الصرف ، حتى لا يجوز[١] الاستبدال بها قبل القبض وصار كالمكيل والموزون ، فإنها تصلح ثمنا ومثمنا . فإذا عينت صارت مثمنا[٢] ، كذا هذا . ١/١٢٧

ولئن سلمنا[٣] أن هذا بيع بثمن ، ولكن لم قلتم بأن الثمن فى هذا البيع غير الدراهم المذكورة فيه ؟ .

قوله : بأن الثمن دين فى الذمة – قلنا : ثبوت شيء فى الذمة قابل للملك غير معقول ، فلا يمكن ، وإن دل عليه أنه يطالب بتسليم الدراهم لا بتسليم ذلك الوصف الثابت فى الذمة .

ولئن سلمنا أن الثمن معنى الغين ، وهو[٤] المملوك بالبيع ، لكن أجمعنا على إطلاق اسم الثمن على الدراهم الموجودة حقيقة .

---

(١) قال الكاسانى فى البدائع ، ٥ : ٢١٨ : « وعلى هذا يخرج الاستبدال ببدل الصرف أنه لا يجوز ، والصرف على حاله : يقبض البدل قبل الافتراق ويتم العقد ، لأن قبض البدل شرط بقاء العقد على الصحة وبالاستبدال يفوت قبضه حقيقة لأن يقبض بدله وبدله غيره .

وقال زفر : إن الاستبدال جائز لأن الشراء لا يقع بعين ما فى الذمة ، لأن ما فى الذمة من الدراهم لا يحتمل التعيين بلا خلاف ، فكان مشترياً بمثل ما فى الذمة ، فيجب لمن عليه الدين فى ذمة المشترى دراهم مثل ما فى ذمته فى النوع والصفة ، فلا يفوت قبض البدل بالاستبدال ، بل يصّير قابضا بطريق المعاوضة ، فيصح الاستبدال . والجواب عنه أن الدراهم والدنانير وإن كانت لا تتعين بالعقد ولكنها تتعين بالقبض ، وقبضها واجب ، وبالمقاصة يفوت القبض حقيقة ، فلا تصح المقاصة فبقى الشراء بها إسقاطا للقبض المستحق حقا للشرع ، فلا يصح الشراء وبقى الصرف صحيحا موقوفا بقاؤه على الصحة على القبض قبل الافتراق » .

وانظر : ابن نجيم ، البحر ، ٦ : ٢١٨ و ٢١٠ .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٣٥٤ .

(٣) فى الأصل كذا : « سلما » .

(٤) « وهو » غير واضحة فى الأصل .

ثم الدليل على أن الدراهم المذكورة المشار إليها فى البيع تتعين للملك والتسليم - الأحكام :

- منها ما نص فى الجامع : لو قال : إن بعت هذا العبد بهذا الكر وبهذه الدراهم ، فهما صدقة ، فباع بهما ، يلزمه التصدق بالكر . فلولا أنه تعين ، وإلا لما لزمه .

- وكذا إذا باع عينا بدرهم ورطل من خمر ، كان للمشترى أن يسترد عين ذلك الدرهم ، فلولا أنه تعين لما كان له ذلك .

الجواب :

قوله : إنما يكون بيعا بثمن أن لو بقيت الدراهم المذكورة فى البيع ثمنا - قلنا : الدراهم والدنانير ثمن فى كل حال ، ولا يبطل هذا الوصف عنها ، لأن الله تعالى خلقها ثمنا للأشياء ، فإبطال هذا الوصف إخلال بالمصالح ، فكان ثمنا على كل حال من غير التعرض للتعيين . على أنا نقول : البيع إذا ذكرت فيه الدراهم سواء عينت أو لم تعين ، فهو بيع بثمن ، ولا يجوز نفى الثمن عنه .

قوله : إذا عينت لم تبق ثمنا - قلنا : لا نسلم .

وأما الاستبدال ببدل الصرف إنما لا يجوز[١] ، لأن القبض فى باب الصرف شرط للتعيين ، [وهو] بالقبض ، لا بالعقد[٢] .

قوله : لم قلتم بأن الثمن فى هذا البيع غير الدراهم المذكورة المعينة - قلنا : الدراهم المعينة قط[٣] لا يتصور أن تكون ثمنا ، لأن الثمن / معنى العين ، وتوصف به العين . ٢/١٢٧

---

(١) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٣٥٥ .

(٢) انظر : السمرقندى ، التحفة ، جـ ٣ ص ٣٤ و جـ ٢ ص ٩ و ١٩ ــ ٢٠ . والكاسانى ، ٥ : ٢١٥ و ٢١٨ - ٢١٩ وكذا ٢٠٣ و ٢٠٧ . وابن نجيم ، البحر الرائق ، ٦ : ٢١٨ . وراجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٣٥٥ .

(٣) كذا فى الأصل : « قط » . وفى مختار الصحاح : « قط معناه الزمان الماضى - يقال ما رأيته قط » وقد تزاد الفاء فيقال « فقط » بمعنى حسب - انظر مختار الصحاح والمعجم الوجيز .

قوله : إنه غير معقول – قلنا : ليس كذلك ، بل هو معقول ، لأنا نعنى بالدين الثابت فى الذمة وجوب تمليك المال المطلق أو وجوب إبقائه على وجه يجرى عليه أحكام الأموال .

قوله : يطالبه بتسليم الدراهم – قلنا : كما تتوجه المطالبة بتسليم عين المملوك ، تتوجه بتسليم مثل المملوك الذى لم يتعين – ألا ترى أنه لو باع بدراهم غير عين ، فالمملوك هو الثمن ، وهو الذى فى الذمة لا الدراهم .

وأما مسألة الجامع – قلنا : شرط التصدق بالكر هو البيع بهذه الدراهم إضافة ، وتسميته فى البيع ، فتنصرف اليمين إليه ، وقد وجد ، فليزمه التصدق .

والمسألة الأخرى – ممنوعة ، على أصح الروايتين .

والله أعلم .

[١٨]

كتاب الشـفعة

١٥٠ ــ **مسألة** : حق الشفعة يثبت للجار الملازق[١] والشريك فى الطريق . وعنده لا يثبت[٢] .

وأجمعوا أنه يثبت للخليط[٣] فى نفس الدار .

وأجمعوا على أنه لا يثبت للجار المقابل .

والوجه فيه – أن الجار الملازق شارك الجار الخليط فى السبب المستدعى لاستحقاق الشفعة ، فيشاركه فى استحقاق الشفعة ، لأن المشاركة فى السبب توجب المشاركة فى الحكم .

وإنما قلنا – إن الجار الملازق شارك الخليط فى السبب المستدعى لاستحقاق الشفعة ، لأن السبب المستدعى لاستحقاق الشفعة فى الخليط اتصال الملكين على وجه مخصوص ، وهو الاتصال الذى يوجب تعدى ضرر كل واحد منهما إلى صاحبه ، ضررا خاصا وهو ضرر سوء الصحبة وأذى المجاورة – هذا المعنى موجود فى حق الجار الملازق ، فيثبت حق الشفعة ، دفعا للضرر .

فإن قيل : قولكم بأن الجار الملازق شارك الخليط فى السبب – قلنا : لا نسلم بأن حق الشفعة للخليط ثبت موافقا للقياس معقول المعنى حتى يقبل التعدية .

---

(١) لَزِق الشيء بالشيء لُزُوقا اتصل به لا يكون بينهما فجوة . ولازقه مُلازقة ولِزاقا كان لازقا به – المعجم الوسيط .

(٢) قال فى التحفة ، ٣ : ٦٦ : « سبب استحقاق الشفعة أحد الأشياء الثلاثة : الشركة فى البقعة ، والشركة فى الحقوق ، والجوار على سبيل الملاصقة – وهذا عندنا . وعند الشافعى لا يستحق إلا بالشركة فى البقعة – وهى مسألة معروفة » .

(٣) الخليط يطلق على الشريك . والجمع خُلطاء وخُلُط – المعجم الوسيط .

١/١٢٨ وبيان أنه ليس من باب / القياس ما روى عن جابر قال : « جعل – وفى لفظ : قضى – النبى ﷺ بالشفعة فى كل مال لم يُقسم . فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » متفق على صحته . أخرجه البخارى ومسلم(١) .

ولئن سلمنا أنه ثبت معقول معنى ، ولكن لم قلتم بأن المعنى ما ذكرتم ؟ .

قوله : بأن دفع الضرر واجب ، وهذا نوع ضرر – قلنا : هذا وهم ضرر لا ضرر غالب ، لأن عقل المرء ودينه يمنعانه عن الإضرار بالجار ، فلا يجب دفعه .

ولئن سلمنا أنه ضرر غالبا ، ولكن يلزم من دفعه إلحاق ضرر بالمشترى ، لما فيه من إبطال ملكه بغير رضاه .

ولئن سلمنا أن ضرره أقل بالدفع ، ولكن يمكنه دفعه بطريق المرافعة ، فلا تتعين الشفعة مدفعا ، بخلاف الخليط(٢) ، لأن حق الشفعة للخليط ما ثبت لدفع هذا الضرر ، بل لدفع ضرر آخر ، وهو ضرر مؤنة القسمة .

ولئن سلمنا أنه ثبت لدفع ما ذكرتم ، ولكن لم قلتم بأن الضرر الحاصل باتصال الجوار مثل الضرر الحاصل بالخلطة ؟ وبيان التفاوت أن الضرر ينشأ عن الاتصال ، والاتصال فى الخلطة أكثر ، فكان الضرر أكثر ، فلا يصح للاستدلال . وصار هذا كالجار المقابل وكالمملوك بالهبة والصدقة والإرث والوصية ، وإن كان ما ذكرتم موجودا .

الجواب :

قوله : الشفعة غير معقول – قلنا : لا نسلم .

وأما الحديث – فمعارض بما روى عن أبى رافع قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول :

---

(١) ورد فى بلوغ المرام رقم ٧٥٩ ص ١٣٧ . وزاد : « وفى رواية مسلم : « الشفعة فى كل شِرْك فى أرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يَعْرِض على شريكه . وفى رواية الطحاوى : « **قضى النبى ﷺ بالشفعة فى كل شىء . ورجاله ثقات » وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٤٦ ص** ٩٠٩ ــ ٩١١ .

(٢) الخليط الشريك ... راجع الهامش ٣ ص ٣٥٨ .

« الجار أحق بصقبه » – أخرجه البخارى فى صحيحه[١] . وعن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « الجار أحق بشفعته ينتظر به وإن [كان] غائبا إذا كان طريقهما واحدا[٢] » صحيح أخرجه أبو عيسى .

قوله : هذا وهم ضرر لا ضرر غالب – قلنا : هذا الضرر وإن كان لا يغلب وجوده فى كل زمان / ولكن يغلب وجوده فى مدة العمر – دل عليه تحرز[٣] الناس عن ذلك .

٢/١٢٨

قوله : يلزم من دفعه إلحاق الضرر بالمشترى – قلنا : ضرر التملك بالشفعة دونه ، لأنه مقابل بثمن الدار ، وضرر سوء الصحبة لا يقابله شىء من المدافع وإنه أدوم .

قوله : أمكن دفع هذا الضرر بالمدافعة والمعارضة بنفسه – قلنا : ذاك يؤدى إلى الإيحاش[٤] والمعاداة والمخاصمة وتضييع[٥] العمر والمال فلا يصلح مدفعا .

قوله : بأن حق الشفعة ثبت لدفع الضرر : ضرر مؤنة القسمة – قلنا : هذا لا يصلح علة لاستحقاق الشفعة ، بدليل أن الدار إذا كانت بين ثلاثة نفر لأحدهم نصيب كبير ، فباع نصيبه ، كان لكل واحد منهم أن يأخذه بالشفعة وفيه يزداد مؤنة القسمة .

---

(١) فى بلوغ المرام رقم ٧٥٩ ص ١٣٧ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٤٨ ص ٩١١ – ٩١٢ .

(٢) فى بلوغ المرام ، رقم ٧٦١ ص ١٣٧ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٤٩ ص ٩١٢ – ٩١٣ . « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها ، وإن كان غائباً ، إذا كان طريقهما واحدا » رواه أحمد والأربعة ورجاله ثقات .

(٣) فى الأصل : « تحرر » . واحترز من كذا وتحرز منه أى توقاه – مختار الصحاح ، والمعجم الوسيط .

(٤) الوحشة من الناس الانقطاع وبُعد القلوب عن المودة – المعجم الوجيز . وأوحش المنزل أقفر وذهب عنه الناس – مختار الصحاح .

(٥) ضَيَّعه أضاعه – المعجم الوسيط . والإضاعة والتضييع بمعنى – مختار الصحاح . وفى الأصل كذا : « وتضيع » .

على أنا نقول : بأن ما ذكرتم يصلح علة[١] ، فيمكن تعديته :

قوله : ضرر الخلطة فوق ضرر الجوار - قلنا : حق الشفعة إنما ثبت لدفع الضرر الحاصل بأصل الاتصال بين[٢] الملكين ضررا خاصا ، وهو ضرر سوء الصحبة - غاية ما فى الباب أن ضرره أكثر ، فلا جرم قدمناه على الجار .

وأما الجار المقابل - [فـ] لا يستحق الشفعة ، لانعدام الضرر الحاصل باتصال الملكين .

وأما المملوك بالإرث والهبة والوصية - إنما لا تثبت[٣] الشفعة ، لأنه لا يمكن الأخذ بالشفعة ، لأن الشفعة للأخذ تملكا بعين الثمن الذى اشتراه ، ولا ثمن ، فلا يمكن .

١٥١ ــ **مسألة** : الشفعة تستحق على عدد الرءوس . وعنده : على قدر الأنصباء[٤] .

صورته - دار بين ثلاثة نفر ، لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللثالث سدسها - فباع صاحب النصف نصيبه ، فصاحب الثلث والسدس يستحقان الشفعة نصفين . وعنده : أثلاثا .

والوجه فيه - أن الشركاء استووا فى سبب الاستحقاق ، فيستوون فى الاستحقاق ، قياسا على ما إذا استوت الأنصباء .

وإنما قلنا ذلك - لأن سبب استحقاق الشفعة / فى كل المشفوع أصل الاتصال بين الملكين ، وإن قل ، بدليل الحكم والمعقول . ١٢٩/١

---

(١) فى الأصل كذا : « عليه » .

(٢) كذا فى الأصل : « بين » ولكنها غير ظاهرة بحيث تقرأ « من » .

(٣) فى الأصل كذا : لا يثبت » .

(٤) قال فى التحفة ، ٣ : ٨٣ : « ولو كان للدار شفعاء ، بسبب الشركة ، فحضروا ، فهى بينهم على عدد الرءوس عندنا . وعند الشافعى : على قدر الأنصباء - وهى مسألة معروفة » .

أما الحكم - [فقد] أجمعنا على أن الدار إذا كانت بين رجلين لأحدهما عشرها وللآخر تسعة أعشارها ، فباع صاحب الكثير فلصاحب القليل الشفعة .

وأما المعقول - وهو أن الشفعة فى موضع الإجماع إنما كان لدفع ضرر الدخيل ، وهو موجود ههنا ، فثبت حق الشفعة .

فإن قيل : قولكم[١] - لا نسلم بأنهم استووا فى سبب الاستحقاق .

أما ما ذكر من الحكم - قلنا : ليس من ضرورة كون الشيء سببا لاستحقاق الكل حالة الانفراد ، كونه سببا لاستحقاق الكل حالة الاجتماع ، كما قلنا فى ميراث الابن والأبناء .

قوله : الشفعة تثبت لدفع ضرر الدخيل - قلنا : لدفع مطلق الضرر أو لدفع ضرر يتعلق بملك الشفيع ، باختلال منافع ملكه بأذى الدخيل ؟ ع م - ولكن هذا يكثر بكثرة الملك ويقل بقلته ، والفقه فيه أن الحكم يثبت على قدر السبب ووفقه - على ما عرف .

ولئن سلمنا أنهم استووا فى السبب ، سبب الاستحقاق ، ولكن صاحب الكثير يتضرر بالدخيل أكثر ، فكان حقه فى الدفع أكثر .

الجواب :

قوله : ليس من ضرورة كون الشيء سببا لاستحقاق الكل حالة الانفراد ، كونه سببا حالة الاجتماع -- قلنا : لا نسلم . وهذا لأن كونه سببا حالة الانفراد إنما كان لأمر يرجع إلى ذاته ، وليس مما يتعلق بعدم غيره .

وهكذا نقول فى الميراث : إن السبب هو استحقاق الكل ، إلا أنه لا يمكن فيتنصف - كذا هذا .

قوله : الشفعة تثبت لدفع مطلق الضرر أم لدفع ضرر يتعلق بملك الشفيع ؟ - قلنا : لدفع ضرر سوء الصحبة وأذى المجاورة ، ويستوى فيه صاحب القليل والكثير .

قوله : صاحب الكثير أكثر - قلنا : لا نسلم ، بل يستويان فى ذلك .

والله أعلم .

---

(١) أى قولكم المتقدم بأن الشركاء استووا فى سبب الاستحقاق .

[١٩]

كتاب الإجارات

١٥٢ ــ **مسألة** : / الأجرة لا تملك بنفس العقد إلا بالتعجيل[١] .   ٢/١٢٩

والوجه فيه – أن الإجارة معاوضة الأجرة بالمنافع ، فوجب أن يثبت الملك فى العوضين ، فى زمان واحد ، قياسا على سائر المعاوضات المطلقة .

وإنما قلنا [ذلك] – لأن الحاجة مست إلى إثبات الملك فى المنافع دون العين ، فشرع ذلك لعقد الإجارة ، دفعا للحاجة ، فوجب أن يثبت الملك فى العوضين فى زمان واحد ، فإذا تراخى ملك المستأجر فى المنافع إلى مضى الشهر ، يتراخى ملك الآجر[٢] ضرورة .

فإن قيل : قولكم بأن الحاجة مست إلى إثبات الملك فى المنافع – قلنا : هذا إنما يستقيم أن لو تصور ثبوت الملك فى المنافع ، ولم يتصور ، لأن الملك إطلاق التصرف أو معنى يقتضى إطلاق التصرف ، والمنافع أعراض لا بقاء لها ، فلا يتصور ثبوت فيها .

ولئن سلمنا أنه يتصور ثبوته ، ولكن لم قلتم بأنه ثبت ؟ .

قوله : بأن الحاجة مست إلى إثبات الملك فيها – قلنا : الحاجة أيضا مست إلى إثبات الملك فى الرقبة .

ولئن سلمنا أن الإجارة تمليك الأجر بالمنافع ، ولكن لم قلتم بأنه تراخى ثبوت الملك فى المنافع ؟ غاية ما فى الباب أنها معدومة حقيقة ولكنها موجودة حكما ، وإنها بعرضية

---

(١) قال فى التحفة ، ٢ : ٥١٥ – ٥١٦ : « وإنما يجب الأجر ويملك بأحد معان ثلاثة : إما بأن يشترط تعجيله فى نفس العقد ، وإما أن يعجل بغير شرط ، وإما باستيفاء المنافع شيئا فشيئا أو بالتمكين من الاستيفاء بتسليم المستأجر إليه وبتسليم المفتاح أيضا . وعند الشافعى : تجب الأجرة كلها بنفس العقد – والمسألة معروفة » .

(٢) آجره مؤاجرة استأجره – وسيأتى بعد قليل : « .. لِمَ يتراخى الملك فى الأجرة .. » . وقد تكون « الآخر » . والنتيجة من حيث المعنى واحدة : ملك المؤجر فى الأجرة .

الوجود ، فكانت موجودة ، بدليل أنا أجمعنا على جواز هذا العقد ، فلو لم تكن موجودة حكما ، لما جاز العقد .

ولئن سلمنا أنها معدومة ، وقد تراخى الملك ، [فـ] لِمَ يتراخى الملك فى الأجرة . وهذا لأن التسوية بينهما إنما تجب إذا لم يرضيا بالتفاوت ، وقد رضيا به ، فلا يستوى .

ولئن سلمنا أن التساوى واجب ، ولكن فيما قلتم ترك التساوى ، لأنكم أثبتم للمستأجر ولاية الانتفاع بالدار فى الحال ، وأخرتم ملك الآجر فى الأجرة إلى انتهاء المدة ، ولأنه وجد سبب ملك الأجرة ، وهو الإجارة ، فثبت الملك فى الحال .

الجواب :

١/١٣٠ / قوله : لم قلتم بأنه يتصور ثبوت الملك فى المنافع – قلنا : لدلالة الدليل .

قوله : الملك إطلاق التصرف – قلنا : عنه جوابان .

أحدهما – لا نسلم بأن ملك المنفعة هذا ، بل هذا حد ملك الأعيان .

والثانى – أن الملك إطلاق التصرف ولكن التصرف فى المحل إنما يعرف بظهور[١] أثره فيه ، وأثره يظهر فى المنفعة بالانتفاع حالة وجود الانتفاع .

قوله : كما مست الحاجة إلى إثبات الملك فى المنافع ، مست الحاجة إلى إثبات الملك فى رقبة الدار – قلنا : ملك المنافع يغنى عن ملك الرقبة ، فلا حاجة إليه .

قوله : بأن المنافع معدومة حقيقة موجودة حكما[٢] – قلنا : لا نسلم .

قوله : بأنها بعرضية الوجود – قلنا : بلى ، ولكن لا نسلم مساس الحاجة ، حتى يجعل موجودا حكما ، إلا أن الشرع جعلها موجودة حكما فى حق جواز العقد ، بطريق الضرورة . والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة .

---

(١) فى الأصل كذا : « يطهر » .

(٢) فى الأصل كذا : « كما » .

قوله : إن تراخى الملك فى المنافع لِمَ يتراخى فى بدلها ؟ - قلنا : تسوية بين العاقدين فى حكم العقد .

قوله : إنما تجب التسوية إذا لم يوجد الرضا بالتفاوت - قلنا : بلى ، ولكن الظاهر أنه لا يرضى بالتفاوت ، لأن زوال ملكه عن الأجرة[١] فى الحال فوات ملكه ، فلا يرضى إلا لثبوت ملك له ، إلا إذا وجد الدليل بخلافه ، وهو اشتراط التعجيل أو [التأجيل][٢] .

قوله : فيما قلتم ترك التساوى - قلنا : لا نسلم ، بل فيما قلنا تسوية بينهما فى حكم العقد ، لأن فى كل زمان يثبت الملك فى جزء من المنفعة ، يثبت جزء من الأجرة بحصته ، إلا أنه لا يمكن تسليمه .

قوله : بأن الأجارة سبب لملك الأجرة - قلنا : فى الحال أم حال ثبوت الملك فى المنافع ؟ ع م - إلا أن حكم الإجارة المطلقة ثبوت الملك فى الأجرة ، حين ثبت فى المنافع[٣].

والله أعلم .

١٥٣ ــ **مسألة** : إجارة المشاع غير صحيحة ، سواء كان محتملا القسمة كالدار ونحوها ، أو غير محتمل كالدابة ونحوها - خلافا له[٤] .

وثمرة الخلاف فى وجوب المسمى عند التسليم . / ٢/١٣٠

---

(١) فى الأصل قد تكون كذلك أو « الإجارة » .

(٢) فى الأصل : « أو التعجيل » أيضا .

(٣) قال فى التحفة ، ٢ : ٥٢٨ : « وإجارة المشاع ، فيما يقسم أو لا يقسم ، فاسدة عند أبى حنيفة وزفر . وعلى قولهما جائزة - وهو قول الشافعى » . و « حين » غير واضحة فى الأصل .

(٤) انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٥١٦ .

والوجه فيه – أنِ هذا عقد لا يمكن توفير مقصوده على الوجه الذى اقتضاه العقد ، فوجب القضاء بفساده ، قياسا على ما إذا أجر الآبق .

وإنما قلنا ذلك – لأن المقصود من إجارة المشاع هو التمكن من الانتفاع بالمشاع ، فلا يخلو : إما أن ينتفع المستأجر والآجر بكل الدار معا ، أو أحدهما ، أو ينتفعان بطريق التهايؤ :

لا وجه للأول – لأنه يحتاج إلى جبر الآجر على الانتفاع بملكه ، ولا يجوز .

ولا وجه للثانى – لأنه لا يستحق الانتفاع بالكل .

ولا وجه للثالث – لأنه لا يخلو : إما أن يكون أصيلا فى النصف نائبا فى النصف ، أو ينتفع بالنصف أصالة وبالنصف عوضا – لا وجه للأول – لأن مالك الرقبة لا يصلح نائبا . ولا وجه للثانى – لأنه يؤدى إلى جعل الشخص الواحد مملوكا ومتملكا من شخص واحد ، فى حالة واحدة ، لأن المنفعة تحدث على ملك المالك أولا ثم تصير مملوكة للمستأجر بتمليكه ، فلو صار المالك متملكا المنفعة عليه بطريق المعاوضة ، يؤدى إلى خلاف الحقيقة .

فإن قيل : قولكم بأن هذا عقد لا يمكن توفير مقصوده على ما ذكر – قلنا : لم قلتم بأنه لا يمكن الانتفاع بالمشاع بطريق التهايؤ ؟ .

قوله : بأن طريقه أن يصير كل واحد منهما نائبا عن الآخر فى استيفاء منفعة النصف أو يصير متملكا بطريق المعاوضة ، وكل ذلك متعذر – قلنا : لم قلتم بأنه لا يمكن استيفاء منفعة التصرف بالتهايؤ بدون هذين الطريقين ؟ بيانه – أن المملوك له بإجارة المشاع منفعة النصف الشائع ، فكان المقصود منفعة النصف الشائع ، ومنفعة النصف الشائع فى مدة الشهر منفعة مقدرة بمقدار خاص ، فإذا انتفع بكل الدار فى نصف المدة بطريق التهايؤ أو على سبيل الدوام فقد استوفى عين المملوك له بالمنفعة .

ولئن سلمنا أنه لا يتحقق التهايؤ إلا بالإنابة أو المبادلة – لم قلتم بأنه لا يمكن القول بهما ؟ .

قوله : بأن المالك لا يصلح نائبا – قلنا : لا نسلم بأن ملك الرقبة ثابت للآجر فى حق الانتفاع فى هذه الحالة . وهذا لأن / الملك إطلاق التصرف ، وهو غير ثابت . ١/١٣١

ولئن سلمنا أن ملك الرقبة يقتضى إطلاق الانتفاع للآجر ، لكنا أجمعنا على أنه لم يثبت له الإطلاق ، بل هو يثبت للمستأجر . وأما المعاوضة فإنا لا نحقق المعاوضة بينهما فى الملك ، بل فى إطلاق استيفاء المملوك بطريق المعاوضة ، وصار هذا كما إذا أجر من شريكه ، فإنه يجوز . وكذلك الشيوع الطارىء ، لا يفسد الإجارة .

الجواب :

قوله : بأنه يستوفى منفعة كل الدار فى نصف المدة – قلنا : هذا لا يخرج عما ذكرناه من القسمين ، لأن طريقه القسمة [و] فيها معنى المبادلة .

قوله : لم قلتم بأن ملك الرقبة فى حق الانتفاع قائم للمالك ؟ – قلنا : لأنه ثبت مطلقا بسبب[١] مطلق ، فيبقى ، والإجارة سبب لملك المنفعة لا لملك الرقبة وإطلاق التصرفات ثابت لولا المانع .

قوله : بأنا لا نحقق المعاوضة فى الملك ، بل فى استيفاء المملوك على طريق الإباحة – قلنا : هذا باطل ، لأن انتفاع المالك فى حصة المستأجر لو كان بطريق الإباحة لكان المستأجر بسبيل من الاسترداد والمنع من الانتفاع . وأما الإجارة من الشريك فلأن كل واحد منهما يملك الانتفاع بالنصف فصلح نائبا عن صاحبه فى النصف الآخر . وأما الشيوع الطارىء – قلنا : ليس من ضرورة كون الشيء مانعا صحة العقد إذا قارن ، أن يكون مفسدا إذا طرأ ، كالجهالة الطارئة وغيرها .

١٥٤ ــ **مسألة** : الأجير المشترك[٢] يضمن ما جنت يداه ، والمالك بالخيار : إن شاء ضمنه الثوب غير مقصور[٣] ، ولم يعطه الأجر . والقياس أن لا يضمن .

---

(١) فى الأصل كذا : « يسب » .

(٢ ــ ٣) ظاهر الكلام أنه فى القصار وهو المبيض للثياب وكان يُهيِّئ النسيج بعد نسجه ببله ودَقه بالقَصَرَة – المعجم الوسيط .

والوجه أن الأجير يضمن – أنه أتلف(١) مالا مملوكا متقوما معصوما حقا لمالكه من غير رضاه ، فيجب عليه الضمان ، قياسا على ما إذا خرقه قبل العقد والأوصاف ظاهرة وبيان عدم الرضا من المالك ، لأن الظاهر من حاله أن لا يرضى بإتلاف ماله ، فيكون سببا للضمان .

فإن قيل : قولكم بأنه أتلف مال الغير – قلنا : لا نسلم بأنه أتلف . وهذا لأن الإتلاف ما / يقصد به التلف ، ولم يوجد منه إلا القِصارة(٢) ، فلا يكون إتلافا . ٢/١٣١

ولئن سلمنا أنه أتلف المال بهذه الأوصاف ، ولكن لم قلتم بأنه بغير رضا المالك ؟ .

قوله : الظاهر من حاله عدم الرضا – قلنا : بلى ، ولكن جاز أن يوجد منه تصرف يدل على الرضا بالتلف لغرض من الأغراض ، أو نقول : لا يرضى به قصدا أم ضمنا ؟ م ع – وهذا لأن المستحق بالعقد يجب تسليمه وهو مأذون فيه من جهة العاقد ، والعمل المصلح قطعا كما يصلح طريقا ، فكذلك المصلح من وجه المفسد من وجه طريق .

ولئن سلمنا أنه حصل ابتداء ولكن إنما يجب الضمان إذا أمكن – فلم قلتم بأنه أمكن ؟ . وبيان عدم الإمكان أنه لو وجب الضمان لا يخلو : إما أن يجب ضمان ثوب مقصور أو ضمان ثوب غير مقصور . لا وجه للأول – لأن وصف القصارة هلك على ملك الأجير . ولا وجه للثانى – لأن الإتلاف ما صادف ثوبا غير مقصور .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن هذا الفعل إتلاف – قلنا : لأنا أجمعنا على أنه لو وجد قبل العقد يكون إتلافا ، والفعل الحقيقى لا يتفاوت من أن يكون قبل العقد أو بعده ، والقصد ليس بشرط فى الضمان .

---

(١) فى الأصل كذا : « اسلف » .

(٢) القِصّارة حرفة القَصّار – راجع فيما تقدم الهامش ٢ ــ ٣ ص ٣٦٧ . والكلام فى « القَصّار » وهو – فى الغالب – أجير مشترك .

قوله : لم قلتم من أنه غير إذن المالك – قلنا : لما ذكرنا .

قوله : جاز أن يرضى به لغرض من الأغراض – قلنا : لا نسلم .

قوله : لا يرضى به قصدا أم ضمنا – قلنا : لا قصدا ولا ضمنا : أما[١] قصدا فظاهر ، وأما ضمنا فلأن الحاجة تندفع باستحقاق المعقود عليه من غير إلحاق الضرر .

قوله : إما أن يجب ضمان ثوب غير مقصور أو مقصور – قلنا : يجب ضمان ثوب غير مقصور .

قوله : الإتلاف صادف ثوبا مقصورا – قلنا : بلى ، ولكن ذات الثوب ملكه ، وصفة القصارة ليست ملكه ، فيجب ضمان ملكه لا ضمان غير ملكه .

والله أعلم .

---

(١) فى الأصل : « أم » .

[٢٠]

كتاب الشهادات

١٥٥ ـ [**مسألة**] : النكاح ينعقد بحضرة الفساق[١]

والوجه فيه – أن لخبر الفاسق أثرا فى تغليب الظن ، فوجب أن ينعقد النكاح بحضرته ، / قياسا على العدل .

١/١٣٢

وإنما قلنا ذلك – لأن خبره صادر عن عقل ودين ، والعقل والدين يدعوانه إلى الصدق ويمنعانه عن الكذب ، فوجب أن ينعقد النكاح بحضرته ، لأن الشهادة فى باب النكاح إنما شرطت متممة للمصالح المطلوبة من النكاح ، إذ هو تمام بدونه ، فيحصل بخبر الفاسق ، لكونه مغلبا للظن .

فإن قيل : قولكم بأن لخبر الفاسق أثرا فى تغليب الظن – قلنا : لا نسلم .

قوله : بأنه صادر عن عقل ودين ، وهما يدعوانه إلى الصدق – قلنا : لا نسلم بأن العقل والدين يصرفان الفاسق عن الكذب . وهذا لأن العقل والدين يصرفان عن الكذب لكونه قبيحا ، وعقل الفاسق ودينه إذا كانا لا يصرفانه عن قبيح فوقه[٢] ، علم أنهما لا يصرفانه عن هذا القبح . وبهذا فارق العدل .

ولئن سلمنا أن خبره مغلب للظن ، ولكن عند المنازعة يعارضه خبر المنكر ، فتزدحم الظنون ، ولكن سلمنا أنه مغلب للظن ، ولكن لأصل الظن ، لا لظن شبيه بيقين ، وأصل الظن ليس بحجة ، بدليل أن النكاح لا ينعقد بحضرة العبيد والنسوان وحدهن وبحضرة رجل واحد مع أصل غلبة الظن .

---

(١) قال فى التحفة ، ٢ : ١٩٧ : « وأما العدالة (فى الشهود) فليست بشرط لانعقاد النكاح عندنا ، حتى ينعقد بشهادة الفاسقين : وعند الشافعى رحمه الله : شرط .. » .

(٢) سيأتى فى الجواب : « ... لم يمنعانه عن قبيح فوق هذا .. » .

ولئن سلمنا أنه يؤثر فى تغليب الظمن مطلقا ، ولكن لم قلتم بأنه ينعقد النكاح به ؟ .

قوله : الشهادة شرطت متممة لمصالح النكاح - قلنا : لا نسلم ، بل شرطت لإظهار خطر النكاح ، وأما مصالح النكاح فإنما تتمم بتوافق الأخلاق لا بالشهادة .

ثم التعليل معارض بالكتاب والسنة والمعقول والحكم :

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى ﴿ ياأيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق - الآية ﴾[١] .

وأما السنة - [ف] قوله عليه السلام : « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل »[٢] .

وأما المعقول -- وهو أن الشهادة من باب الكرامة ، والفاسق لا يستحق الكرامة .

وأما الحكم - فإنا أجمعنا على أنه يحرم على القاضى القضاء بشهادة الفاسق[٣] .

الجواب :

قوله بأن عمل الفاسق ودينه لم يمنعانه عن قبيح فوق هذا - قلنا : بلى ، ولكن لمعارضه / داع إليه ، وهو تعلق الغرض[٤] أو حصول الشهوة ، ولم يوجد ههنا . ١٣٢ /٢

قوله : يعارضه خبر المنكر - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن خبر المنكر صادر عن تهمة وهو خبر النفع ، وخبر الشهادة صادر عن غير تهمة ، فلا يعارضه .

---

(١) الحجرات : ٦ - ﴿ يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين ﴾ .

(٢) فى بلوغ المرام ، رقم ٨٣٢ ص ١٥١ : « عن أبى بردة بن أبى موسى عن أبيه رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا بولى » رواه الخمسة وصححه ابن المدينى والترمذى وابن حبان وأعل بالإرسال . وورد أيضا فى سبل السلام ، ٣ رقم ٩٢٠ ص ٩٨٧ وأضاف فيه : « روى الإمام أحمد عن الحسن عن عمران بن الحصين مرفوعا : « لا نكاح إلا بولى وشاهدين » .

(٣) انظر : التحفة ، ٢ : ١٩٧ - ١٩٨ .

(٤) فى الأصل : « العرض » .

قوله : هو مؤثر فى أصل الظن أم فى الظن الشبيه باليقين – قلنا : فى أصل الظن ، والمعول عليه فى بناء الأحكام أصل الظن – دل عليه أن الشرع لم يرجح شهادة الأربع على شهادة الاثنين .

وأما شهادة العبيد – قلنا : خبر العبد له أثر فى تغليب الظن ، ولكن الشرع ألحق خبره بالعدم ، لأنه لو اعتبر شهادته يصير مُعْوِلا[١] يتحمل الشهادات ، فتتعطل مصالح المولى .

وأما شهادة الفرد وشهادة النساء ، فينعقد النكاح بحضرتهم ، ولكن بانضمام رجل آخر إليهم ، وهذا لا يختص بالفاسق بل هو ثابت فى العدل .

قوله : الشهادة شرطت لإظهار خطر النكاح – قلنا : وفيما ذكرناه إظهار خطر النكاح ، لأنها إذا شرطت لتتميم مصالح النكاح ، فخطر النكاح فى إتمام مصالحه ، وذلك لا يحصل إلا بانعقاد النكاح ، وانعقاد النكاح لا يكون إلا بالشهود .

وأما الآية – قلنا : الله تعالى ما أمر برد شهادة الفاسق ، بل أمر بالتثبت والتوقف فى خبره ، فلا يكون حجة .

وأما الحديث – قلنا : لا يقتضى أن تكون العدالة صفة الشاهد إذ لو كان كذا لقال : شاهدين عدلين ، بل هذا إضافة الشاهد إلى العدل ، فيكون معناه – والله أعلم – قائل كلمة عدل ، وهى الإسلام .

قوله : الشهادة من باب الكرامة – قلنا : والفاسق مستحق الكرامة لمكان الإسلام ، ولهذا تثبت ولايته على نفسه .

وأما الحكم – قلنا : لا نسلم بأنه لا يقضى القاضى بشهادته ، بل يقضى بعد التأمل

---

(١) العَوْل المستعان به والعِوَل الاتكال والاستعانة – المعجم الوسيط . وقد تقرأ فى الأصل « مغولا » والظاهر أن الصحيح ما أثبتناه فى المتن اعتمادا على المعنى اللغوى فى هذا المجال .

والتثبت ، فَرْقا[١] بينه وبين العدل .

والله أعلم .

١٥٦ ــ **مسألة** : شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة .

والوجه فيه – أن لخبر الكافر أثرا فى تغليب الظن ، فوجب أن يكون له مدخل فى فصل الأحكام وقطع الخصومات ، قياسا على خبر المسلم .

وإنما قلنا ذلك – لأن خبره صار عن عقل ودين ، يعتقد فيه قبح الكذب – هذا المعنى / موجود فى شهادة المسلم . ١/١٣٣

فإن قيل : قولكم بأن لخبر الكافر أثرا – قلنا : قبل أن نجيء إلى الاعتراض عليه نقول : خبر الكافر شهادة أم ليس بشهادة ؟ إن قلتم شهادة فممنوع ، وهو تقصير[٢] فى التعليل . وإن قلتم ليس بشهادة ، فلا يجوز قطع الحكم به بالإجماع .

والدليل على أن خبر الكافر ليس بشهادة : الكتاب ، والسنة ، والمعقول – على ما مر فى مسألة شهادة الفاسق[٣] .

ولئن سلمنا أنه يتغلب[٤] الظن ، لكن غلبة الظن حجة مطلقة فى الشرع أم حجة بطريق الضرورة ؟ ع م – وهذا لأن الدليل ينفى كون الشهادة حجة ، لما فيها من احتمال الخطأ : إلا أن الشرع جعله حجة للضرورة ، والضرورة اندفعت بشهادة المسلم – دل عليه أن شهادة المستأمن غير مقبولة ، لا على الذمى ولا على المستأمن .

---

(١) فَرق بين الشيئين فَرْقا وفُرْقانا فصل وميز أحدهما من الآخر وفرق بين الخصوم حكم وفصل – المعجم الوسيط . وراجع التحفة ، ٢ : ١٩٧ – ١٩٨ .

(٢) التقصير فى الأمر التوانى فيه . والاقتصار على الشيء الاكتفاء به – مختار الصحاح . وقَصَّر فى الأمر تهاون فيه – المعجم الوسيط .

(٣) راجع فيما تقدم المسألة رقم ١٥٥ ص ٣٧٠ : « النكاح ينعقد بحضرة الفساق » .

(٤) تغلَّب على بلد كذا استولى عليه قهرا – المعجم الوسيط .

ثم التعليل معارض بقوله تعالى : ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾[١] وفى قبول شهادته إثبات السبيل على القاضى ، فكان منتفيا .

الجواب :

قوله : بأن خبر الكافر شهادة أم ليس بشهادة ؟ قلنا : شهادة ، لأن الشهادة إخبار عما شاهد وعاين ، كما شاهد وعاين بلفظ مخصوص ، على وجه يغلب على الظن صدقه ، وإنه موجود ههنا .

والجواب عن الاستدلال بالآية والحديث والمعقول - ما مر فى المسألة المتقدمة[٢] .

والكافر مستحق الكرامة من حيث إنه آدمى ، وإن كان مستحقا الإهانة من حيث إنه كافر فهو وجه آخر .

قوله : الشرع جعل الشهادة حجة بطريق الضرورة - قلنا : بلى . والضرورة هنا موجودة كما فى سائر الشهادات .

وأما المستأمن - قلنا : الشرع أبطل أهليته وأهدر عبارته ، لانعدام الحاجة - أما ههنا بخلافه .

وأما النص - قلنا : عام خص منه البعض ، وهو الكافر إذا ادعى على مسلم حقا ، فيخص هنا .

١٥٧ ــ **مسألة** : المحدود فى القذف إذا تاب ثم شهد ، لا تقبل شهادته - خلافا له[٣] .

---

(١) النساء : ١٤١ . وراجع الهامش ٢ ص ٣٢٣ .

(٢) راجع فيما تقدم المسألة ١٥٦ ص ٣٧٣ وما بعدها ، والمسألة ١٥٥ ص ٣٧٠ وما بعدها .

(٣) قال فى التحفة ، ٣ : ٦٢٥ : « ولا تجوز شهادة المحدود فى القذف إذا تاب ، عندنا - خلافاً للشافعى » .

/١٣٣

وأجمعوا على / أنه لو تاب قبل إقامة الحد وشهد ، تقبل شهادته . ولو شهد قبل إقامة الحد وقبل التوبة – عند أبى حنيفة : تقبل . وعند الشافعى : لا تقبل .

والوجه فيه – قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون[١] المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ﴾[٢] – الله تعالى نهى عن قبول شهادة المحدود فى القذف على سبيل التأبيد ، فلا تقبل شهادته .

فإن قيل : المراد من النص رام[٣] يعتاد الرمى ويصر عليه ، أم رام لا يعتاده ؟ م ع – وإذا تاب لم يكن ممن يعتاد ويصر عليه ، وسياق هذه الصيغة يستعمل فيمن يعتاد .

ولئن سلمنا أن المراد منه الرامى المطلق ، ولكن لم قلتم بأنه بعد التوبة بقى راميا ، وصار هذا كقوله عليه السلام : « المتلاعنان لا يجتمعان أبدا »[٤] ثم الملاعن إذا أكذب نفسه يجتمعان . وكقوله تعالى : ﴿ ولا تصل على أحد منهم مات أبدا ﴾[٥] ثم المنافق إذا مات يصلى[٦] عليه .

---

(١) انظر فيما يلى الهامش ٣ .

(٢) النور : ٤ ـــ ٥ ﴿ ... وأولئك هم الفاسقون . إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم ﴾ .

(٣) رمى فلانا بأمر قبيح قذفه ونسبه إلى الفاحشة (المعجم الوسيط) . وفى الشوكانى ، فتح القدير ، ٤ : ٧ : « قوله (والذين يرمون) استعار الرمى للشتم بفاحشة الزنا ، لكونه جناية بالقول . ويسمى هذا الشتم بهذه الفاحشة الخاصة قذفا » .

(٤) فى الشوكانى ، فتح القدير ، ٤ : ١١ : « وأخرج عبد الرزاق عن عمر بن الخطاب وعلى وابن مسعود ، قالوا : لا يجتمع المتلاعنان أبدا » . ولم نجده فى بلوغ المرام وسبل السلام فى حد القذف .

(٥) التوبة : ٨٤ ﴿ ولا تصل على أحد منهم مات أبدا ولا تقم على قبره إنهم كفروا بالله ورسوله وماتوا وهم فاسقون ﴾ .

(٦) فى الأصل : « يصل » .

ولئن سلمنا أن بقاءه راميا ليس بشرط ، لكن المراد منه[١] الشهادة القائمة فى تلك الحالة أم شهادة حادثة بعدها ؟ م ع - وهذا لأن بالتوبة حدث له شهادة أخرى كالذمى إذا حد فى القذف رد [ت] شهادته ، ثم لو أسلم تقبل شهادته .

ولئن سلمنا أن صدر الآية اقتضى النهى عن قبول الشهادة ، ولكن التائب قد استثنى عنه بقوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا من بعد ذلك ﴾[٢] ولا يقال بأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه ، وهو قوله : ﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾[٣] لأنا نقول : الاستثناء المرتدف لأشياء ينصرف إلى الكل كما لو قال : « عبده حر وامرأته طالق إن شاء الله » .

الجواب :

قوله : المراد منه رام يعتاد الرمى - قلنا : ليس كذلك ، لأنه ليس فى النص ذلك ، بل هو نهى مطلقا . وهذه الصيغة لا تقتضى الإصرار ، كما إذا قال : « الذين يدخلون الدار من عبيدى أحرار » : يعتق بالدخول مرة[٤] .

قوله : لم قلتم بأنه بقى راميا بعد التوبة ؟ قلنا : بقاؤه راميا ليس بشرط ، لأنه نهى عن قبول شهادة من وجد منه الرمى .

١/١٣٤ قوله : المراد منه الشهادة القائمة حالة / الرمى أم الشهادة الحادثة بعده ؟ قلنا : كل شهادة توجد منه ، لأنه مطلق ، إلا أن الذمى خص بالإجماع - دل عليه أن العبد إذا

---

(١) « المراد منه » غير مقروءة هنا ولكنها سترد واضحة فى « الجواب » آخر هذه الصفحة .

(٢) النور : ٥ وتقدمت فى الهامش ٢ ص ٣٧٥ .

(٣) النور : ٤ وتقدمت فى الهامش ٢ ص ٣٧٥ .

(٤) كذا تبدو .

قذف فحد ثم أعتق لا تقبل شهادته[١] وإن حدث[٢] له شهادة بالعتق .

قوله : بأن الله تعالى : استثنى التائب - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - أن هذا ليس باستثناء بل هو استدراك كما فى قوله تعالى : ﴿ لا يسمعون فيها لغوا إلا سلاما ﴾[٣] يعنى : « لكن سلاما » .

والثانى - إن كان استثناء ولكنه استثناء من خَلْف[٤] الجملة فينصرف إلى ما يليه لا إلى الكل - دل عليه أنه لا ينصرف إلى الجلد ، فإنه لا يصير ، كأنه قال : « فاجلدوهم إلا الذين تابوا » - فإن الجلد لا يسقط بالتوبة .

١٥٨ ــ **مسألة** : شهادة أحد الزوجين لصاحبه غير مقبولة .

والوجه فيه - أن هذه شهادة لا تعرى عن التهمة ، فلا تقبل ، قياسا على شهادة الوالدين .

---

(١) فى الأصل « شهادة » وقال فى التحفة ، ٣ : ٦٢٣ : « وكذا العبد إذا تحمل الشهادة لمولاه .. تقبل بعد العتق .. لكن لو شهد لمولاه وردت شهادته ثم شهد بعد العتق فى تلك الحادثة لا تقبل ، بخلاف الكافر إذا شهد على مسلم فى حادثة فردت شهادته ثم أعاد تلك الشهادة بعد الإسلام تقبل والفرق مذكور فى الخلافيات » .

(٢) كذا فى الأصل . ولعل المقصود : « جدت » .

(٣) مريم : ٦٢ - ﴿ لا يسمعون فيها لغوا إلا سلاما ولهم رزقهم فيها بكرة وعشيا ﴾ .

(٤) كذا تبدو « خلف » . وفى مختار الصحاح : خَلْف ضد قدام وجلس خلفه أى بعده . وانظر : المعجم الوسيط . قال ابن قدامة فى المغنى ، ٩ : ١٩٧ ــ ١٩٨ :

« .. وعند أبى حنيفة لا تقبل وتعلق بقول الله تعالى : ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ﴾ .

ولنا ... وأما الآية فهى حجة لنا فإنه استثنى التائبين بقوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا ﴾ والاستثناء من النفى إثبات فيكون تقديره : إلا الذين تابوا : فاقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين . فإن قالوا إنما يعود الاستثناء إلى الجملة التى تليه بدليل أنه لا يعود إلى الجلد قلنا : بل يعود إليه أيضا ، لأن هذه الجمل معطوف بعضها على بعض بالواو ، وهى للجمع : تجعل الجمل كلها كالجملة الواحدة ، فيعود الاستثناء إلى جميعها إلا ما منع منه مانع ... » .

وإنما قلنا ذلك – لأن هذه الشهادة تجر النفع إلى الشاهد ، وإنه يورث التهمة .

وإنما قلنا : إنهـ [ـا] تجر النفع إلى الشاهد ، لأن ولاية الانتفاع ثابتة لكل واحد من الزوجين بمال صاحبه ، إلا أنها خفيت لخفاء ملك المالك . فإذا ظهر الملك له بالشهادة ، ظهرت ولاية الانتفاع للشاهد ضرورة .

والدليل على أن ولاية الانتفاع ثابتة لكل واحد من الزوجين بمال صاحبه جريان ، العرف والعادة المستمرة فيما بين الأزواج بالانتفاع والاستمتاع بمال صاحبه من غير منكر شرعا ، فعلم أنها تجر النفع إلى الشاهد ، فيتهم ، فلا تقبل شهادته ، لقوله عليه السلام : « لا شهادة للمتهم » .

فإن قيل : هذا التعليل مخالف لإجماع الصحابة ، فإنه روى أن فاطمة ادعت فَدَك[١] بين يدى أبى بكر ، فشهد لها على وامرأة فقال أبو بكر : ضمى إلى الرجل رجلا ، أو إلى المرأة امرأة .

ثم نقول : لا نسلم بأن ولاية الانتفاع ثابتة بين الزوجين .

وأما ما ذكر من العادة – قلنا : العادة مشتركة فى الأموال والأزواج ، فإن من الأموال / ما ينتفع كل واحد منهما به كالنقود والثياب والجوارى . ومن الأزواج من ينتفع بمال صاحبه ومنهم من لا ينتفع به ، فلا تثبت ولاية الانتفاع بعادة مشتركة . ٢/١٣٤

---

(١) قال الله تعالى : ﴿ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كى لا يكون دولة بين الأغنياء منكم ... ﴾ الحشر : ٧ .

قيل : المراد بالقرى : بنو النضير وقريظة وفدك وخيبر .

(انظر فى تفسير ذلك : الشوكانى ، فتح القدير ، ٥ : ١٩٥ وما بعدها . ومختصر تفسير ابن كثير ، ٣ : ٤٧٢ وما بعدها . وأستاذنا المرحوم محمد أبو زهرة « خاتم النبيين » ، ٢ ص ١٠٥٥ وما بعدها « يهود فدك » وكذا منه أيضا ص ١٤٩٣ – ١٤٩٤ . وله نظر فيما قاله ابن كثير رحمهما الله (ص ١٠٥٧ ـــ ١٠٥٨) .

ولئن سلمنا أن ولاية الانتفاع ثابتة بينهما ، ولكن بالإذن أم لا بالإذن ؟ م ع – ولا يمكن دعواه لأن ولاية الانتفاع بمال الغير – بغير[١] إذنه لا تجوز شرعا ، والإذن غير موجود ههنا حالة الشهادة ، لأن [المال][٢] في يد الغير .

ولئن سلمنا أن هذه الشهادة تظهر ولاية الانتفاع للشاهد ، لكن قصدا أم ضمنا ؟ ع م – وهذا لأن الداخل تحت الشهادة ملك المدعى ، ونفع الشاهد يحصل ضمنا ، وذلك لا يمنع ، بدليل أنه تقبل شهادة أحد الصديقين لصاحبه وشهادة صاحب الدين لمديونه وشهادة أحد الأخوين لصاحبه .

ولئن سلمنا أنها تظهر ولاية الانتفاع – لم قلتم بأنه [لـا] لا تقبل ؟ .

قوله بأنه متهم – قلنا : هذا مجرد وهم ، لا أمارة عليه ، وهو ثابت في كل الشهادات .

ولئن سلمنا أنه متهم ، لم لا تقبل ؟ .

وأما الحديث – فإنه خرج مخرج العادة ، لأن الظاهر أن المتهم لا يشهد خوفا .

الجواب :

أما حديث فاطمة – فالصحيح أن أبا بكر رد دعواها وقال : « سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إنا معاشر الأنبياء لا نورث – ما تركناه صدقة »[٣] .

أما قوله : لم قلتم بأن ولاية الانتفاع ثابتة – قلنا : لما ذكرنا من العادة .

قوله : العادة مشتركة – قلنا : معلوم ، بالرجوع إلى عادات الأعم والأغلب ، أن ولاية الانتفاع ثابتة بين الزوجين – قال عليه السلام : « تنكح المرأة لمالها وجمالها »[٤] .

(١) « بغير » مكررة في الأصل .

(٢) انظر ما يلي بعد سطور في « الجواب » .

(٣) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٣٧٨ .

(٤) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٨٢٥ ص ١٤٩ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٩١٣ ص ٩٧٦ : « تنكح المرأة لأربع : لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها ... » .

قوله : ولاية الانتفاع ثابتة بالإذن أم لا بالإذن ؟ - قلنا : بالإذن ، ولكنه ثابت بدلالة الزوجية وبدلالة العادة .

قوله : الإذن غير موجود - قلنا : بلى ، هو موجود على تقدير القدرة وحصول المال .

قوله : بأن هذه الشهادة تظهر ولاية الانتفاع قصدا أم ضمنا ؟ - سواء كان قصدا أو / ضمنا يكفى لإيراث[١] التهمة ،.والتهمة مانعة قبول الشهادة . ١/١٣٥

قوله : بأن [هذه] / شهادة ما تعرى عن التهمة[٢] - قلنا : هذا القدر من التهمة لا يمنع القبول وإن كان يورث [التهمة] ، ولكنه خص عن قضية النص ، لأن اعتباره يؤدى إلى سد باب الشهادة .

وأما شهادة الغريم والأخ لأخيه - قلنا : لا تهمة ثمة ، لانتفاء[٣] ولاية الانتفاع .

قوله : هذا مجرد وهم ، وهو موجود فى سائر الشهادات - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن المعنى من التهمة أمر يسمى الشخص به متهما عرفا ، وهو أن يتوهم فيه الكذب ، بناء على أمر ظاهر يدعوه إلى الكذب ، وهو موجود ههنا .

وأما قوله : هذا خرج مخرج العادة - قلنا : نفى الشيء الحقيقى على لسان صاحب الشرع نفى لحكمه ، كقوله « لا صلاة إلا بطهارة » و « لا نكاح إلا بالشهود » .

١٥٩ ــ **مسألة** : النكاح ينعقد ويظهر بشهادة رجل وامرأتين . وقال الخصم : لا ينعقد ولا يظهر .

وعلى هذا الخلاف : كل حق ليس بمال محض ، وليس بعقوبة ، كالطلاق والعتاق والوصية والرجعة والولاء والنسب .

---

(١) أورث فلانا شيئا تركه له - أعقبه إياه . ويقال أورثه المرضُ ضعفا والحزنُ هما - المعجم الوسيط . وفى الأصل كذا : « لا برات) .

(٢) العبارة المتقدمة هى : « أن هذه شهادة لا تعرى عن التهمة فلا تقبل ... » ص ٣٧٧ .

(٣) كانت فى الأصل : « لا نتفاع » ثم شطبت العين .

والكلام فى موضعين : أحدهما – فى انعقاد النكاح . والثانى – فى ظهوره والقضاء به .

أما الكلام فى الانعقاد – [فـ] بطريقة الابتداء وبطريقة البناء :

أما طريقة الابتداء – أن يقول : شهادة رجل وامرأتين شهادة شاهدين – فينعقد النكاح بها كشهادة رجلين . وبيان الوصف ما مر فى مسألة الإحصان[١] : هل يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، من مسائل الحدود ؟ وبيان التأثير قوله عليه السلام : « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » وقوله عليه السلام : « لا نكاح إلا بشهود » : نفى واستثنى – فيقتضى انعقاد النكاح عند شهادة شاهدين أو شهاد [ة] شهود .

وأما طريقة البناء – فهو أن يبنى الانعقاد على الظهور وجواز القضاء به ، فنقول : شهادة رجل وامرأتين حجة مظهرة للنكاح ، فينعقد النكاح بها ، قياسا على شهادة رجلين .

ووجه ذلك ما بينا فى مسألة شهادة الفاسق[٢] : أن الشهادة فى / باب النكاح إنما شرطت متممة للمقاصد المطلوبة من النكاح ، بواسطة الصيانة عن خلل التجاحد . فإذا كانت هذه الشهادة مظهرة للنكاح موجبة للقضاء به ، تحصل الصيانة عن خلل التجاحد ، فينعقد النكاح به – لما مر . تقريره بسؤاله وجوابه فى مسألة شهادة الفاسق . ٢/١٣٥

وأما الكلام فى الظهور – فالوجه فيه أن شهادة رجل وامرأتين حجة مُغلِّبة على الظن وجود النكاح ، فيجب القضاء بها فى باب النكاح ، قياسا على شهادة رجلين .

وبيان الوصف ما ذكرنا فى مسألة شهادة الفاسق[٣] . وتمامه فى مسألة الإحصان[٤] : هل يثبت بشهادة رجل وامرأتين ؟

---

(١) راجع فيما تقدم المسألة ٨٧ ص ٢١٧ – ٢١٩ .

(٢) راجع فيما تقدم المسألة ١٥٥ ص ٣٧٠ وما بعدها .

(٣) راجع فيما تقدم المسألة ١٥٥ ص ٣٧٠ وما بعدها .

(٤) راجع فيما تقدم المسألة ٨٧ ص ٢١٧ – ٢١٩ .

وبيان التأثير بالنص والمعقول ، على ما مر ، فى مسألة شهادة أهل الذمة[١]. والأسئلة عليها والأجوبة عنها ما مر فى مسألة الإحصان[٢] .

١٦٠ ــ **مسألة** : قضاء القاضى فى العقود والفسوخ بشهادة الزور ، ينفذ ظاهرا وباطنا .

وعندهم ينفذ ظاهرا لا باطنا .

والمعنى من النفاذ باطنا ثبوت الملك والحل فيما بينه وبين الله – حتى إن من ادعى على امرأة نكاحا وأقام على ذلك شاهدى زور ، فقضاء القاضى به يثبت ملك النكاح والحل فيما بينه وبين الله تعالى ويحل للمرأة تمكينه ، وإن علمت أن الشهادة زور .

والوجه فيه – أن القاضى قضى بأمر الشرع ، فينفذ قضاؤه ، ظاهرا وباطنا – قياسا على الشهود الصادقين .

وإنما قلنا ذلك – لأن القاضى ألزمهما النكاح وأحكامه بقوله : حكمت بالنكاح بينكما وألزمتكما أحكامه – والخلاف ثابت فى هذه الصورة .

وإنما قلنا بأنه بأمر الشرع – لأنه نائب عن الشرع ، فيصير كلامه منقولا إلى الشرع ، لأنه أمر بالقضاء عن الشرع ، لا عن نفسه ، فصار كأن الشارع قال : ألزمتكما أحكام النكاح وأثبت الحل بينكما . ولو كان كذلك ثبت الحل / فيما بينه وبين الله تعالى . ١/١٣٦

فإن قيل : هذا التعليل مخالف للكتاب والسنة وإجماع الأمة .

أما الكتاب – [فـ] قوله تعالى : ﴿ ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء

---

(١) راجع فيما تقدم المسألة ١٥٦ ص ٣٧٣ وما بعدها .

(٢) راجع فيما تقدم المسألة ٨٧ ص ٢١٧ – ٢١٩ والمشار إليها فى الهامش ١ و ٤ ص ٣٨١ .

سبيلا ﴾[١] وهذا زنا ، لأنه وطء خال عن ملك النكاح وملك اليمين حقيقة ، وإنه متيقن بذلك ، والمرء مؤاخذ بزعمه .

وأما السنة - [فـ] ما روى عن أم سلمة أن رسول الله ﷺ سمع جلبة خصم بباب حجرته فخرج إليهم فقال : ألا إنما أنا بشر وإنما يأتيني الخصم فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صادق فأقضى له ، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليحملها أو يذرها » - متفق على صحته . أخرجه البخارى ومسلم في صحيحيهما[٢] . ولو نفذ القضاء باطنا كان المال أو الملك حلالا ، ولو كان حلالا لما كان قطعة من النار . وإذا كان النبي ﷺ ، مع كونه مؤيدا بالوحي معصوما عن القضاء بالباطل ، هكذا مقالته في باب قضائه ، فكيف حال قضاتنا ؟ .

وأما إجماع الأمة - فلأن الأمة أجمعت على أن كل وطء خلا عن ملك النكاح وملك اليمين ، فهو زنا ، لأنهم وإن اختلفوا في بعض المواضع في سقوط الحد ، ولكن اتفقوا على الحرمة : فمن قال بالحل ، فقد خالف الكتاب والسنة والإجماع ونصب الشرع من عند نفسه .

ثم نقول : لا نسلم بأنه قضى بأمر الشرع .

قوله : بأنه أمر بالقضاء عن الشرع - قلنا : بلى إذا كانت الشهادة صدقا قطعا ، أما إذا كانت الشهادة صدقا عند القاضي وهي كذب في نفسها ، فهو غير مأمور بالقضاء ؛ بل منهي عنه لما فيه من تحليل الحرام وتحريم الحلال وإلحاق الضرر بالمسلمين . ولا يقال بأن صدق الشهود أمر باطن لا يمكن القاضي الوقوف عليه ، فلو علقنا الأمر بالقضاء به ، لا يمكنه ، فيؤدى إلى تعطيل المصالح ، لأنا نقول : الاعتراض عليه من وجهين / :

---

(١) الإسراء : ٣٢ - ﴿ ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا ﴾ وفي الأصل : ﴿ ومقتا وساء سبيلا ﴾ وهو ما ورد في سورة النساء : ٢٢ - ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا ﴾ .

(٢) انظر : بلوغ المرام ، رقم ١١٩٣ ص ٢١٧ . وسبل السلام ، رقم ١٣٠٤ ، ص ١٤٦٥ - ١٤٦٦ . وفيهما اختلاف في اللفظ عما هنا .

٢/١٣٦ أحدهما – أنه إنما يؤدى إلى تعطيل القضاء : أن لو لم يكن القاضى بنى قضاءه على العلم ، وأنه يمكنه بأن يقول : إن كانت الشهود صُدُقا[1] قضيت بالنكاح بينكما .

والثانى – إن لم يمكنه العلم بصدق الشهود ، يمكنه تحصيل الظن به : فيمكنه تحصيل الظن بكونه مأمورا بالقضاء ظاهرا ، فيقدم على صورة القضاء ويتوقف فى ذلك ويبحث عن أحوال الشهود بالمبالغة فى التفحص والتأمل فيه والتريض[2] .

ولئن سلمنا أنه مأمور بالقضاء ، ولكن قطعا أم ظاهرا ؟ الأول – ممنوع ، ولا يمكن القول به ، لأن قيام الحجة ظاهرا يوجب توجه الأمر بالقضاء ظاهرا لا قطعا . والثانى – مسلم ، ولكن الكلام فى النفاذ قطعا لا ظاهرا .

ولئن سلمنا أن قيام الحجة ظاهرا يوجب توجه الأمر قطعا ، لكن بالقضاء ظاهرا أم بالقضاء باطنا ؟ :

الأول – مسلم ، ونحن نقول بثبوت أحكام النكاح ظاهرا ، وهو أمر القاضى إياها بالتمكين والزوج بالنفقة وغيرها .

والثانى – ممنوع ، فلم قلتم بأن قيام الحجة ظاهرا يوجب الأمر بالقضاء باطنا ؟ .

ولئن سلمنا أنه مأمور بالقضاء مطلقا ، لكن إنما يثبت الحل إذا أمكن – فلم قلتم بأنه أمكن ؟ .

---

(١) صدق فلان فى الحديث صدقا أخبر بالواقع ، فهو صادق وصَدُوق للمبالغة – والجمع صُدُق . وفى الأصل « صدقة » . وفى كتب السيرة أنه لما استشار النبى ﷺ أصحابه قبيل غزوة بدر قال سعد بن معاذ فيما قال : « .. إنا لصُبُرٌ فى الحرب صُدُقٌ عند اللقاء ... » . انظر : أستاذنا المرحوم محمد أبو زهرة ، خاتم النبيين ، ٢ : ٧٤٣ .

(٢) يقال : راض نفسه بالتقوى فهو مَرُوض وهى مَرُوضة من راضَه رَوْضا ذلله – المعجم الوسيط . قال السمرقندى فى مقدمة التحفة ، ١ : ١١ : « اعلم أن المختصر المنسوب إلى الشيخ أبى الحسين القدورى رحمه الله ، جامع جملا من الفقه مستعملة ... يهدى بها الرائض فى أكثر الحوادث والنوازل ويرتقى بها المرتاض إلى أعلى المراق ... » .

وبيانه – وهو أن الحل لو ثبت لا يخلو : إما أن يثبت بواسطة النكاح ، أولا بواسطة النكاح :

لا وجه للأول – لأنه لم يوجد ههنا نكاح ، والكلام فيه .

ولا وجه للثانى – لأن الله تعالى نفى حل الوطء ، إلا بملك النكاح أو بملك اليمين ، لقوله تعالى : ﴿ والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين – إلى قوله – فأولئك هم العادون ﴾[١] ولا يقال بأن النكاح ههنا يثبت قبيل القضاء مقتضى للقضاء تصحيحا له فيثبت الحل ، لأنا نقول : إنما يثبت النكاح بطريق الاقتضاء إذا أمكن – فلم قلتم بأنه أمكن ؟ بيانه من وجوه :

أحدها – أن من شرط ثبوت الشيء مقتضىً للشيء أن يكون المقتضى دون المقتضي ، وههنا المقتضى فوق المقتضي . / لأن المقتضى ، وهو القضاء ، إظهار النكاح أو إلزام النكاح ، وإنه دون إنشاء النكاح ، لأن إنشاء النكاح إثبات الأصل ، والإظهار والإلزام إثبات الوصف ، والأصل فوق الوصف ، فلا يمكن إثبات الأصل مقتضى إثبات الوصف . ١/١٣٧

والثانى – أن الشيء إنما يثبت مقتضى للشيء إذا لم يكن[٢] شرطا أصليا له ، والنكاح ههنا شرط أصلى للقضاء ، لا يتصور وجود القضاء به بدونه ، لأنه إظهاره لا إنشاؤه ، وإظهار الشيء ولا شيء ، محال .

والثالث – أن النكاح عقد مخصوص ، وهو قوله : « زوجت » و « تزوجت » ، يقف على شرائط مخصوصة ، وهو الشهود والولاية ورضا الزوجين وهذه الأشياء لا تثبت بطريق الاقتضاء .

---

(١) المؤمنون : ٥ – ٧ : ﴿ والذين هم لفروجهم حافظون . إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ۝ فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون ﴾ .

(٢) فى الأصل تبدو : « يمكن » .

ولئن سلمنا أنه أمكن إثبات النكاح بطريق الاقتضاء ، هنا ، ولكن المقتضى إنما يثبت إذا كان فيه تصحيح هذا القضاء ، بل فيه إبطاله .

بيانه – أن هذا قضاء بنكاح قد كان ، فإنشاء النكاح فى الحال لا يكون تصحيحا لنكاح قد كان .

والدليل على صحة ما ذكرنا أن القاضى إذا قضى بالنكاح بشهادة الشهود ، ثم وجد الشهود كفارا أو عبيدا أو[1] محدودين فى قذف لا ينفذ قضاؤه باطنا ، وإن وجد فيه ما ذكرتم من العلة – دل عليه أن المرأة إذا كانت منكوحة الغير أو معتدة الغير ، والشهود شهدوا على النكاح فقط لا ينفذ باطنا . وكذا قضاء القاضى بشهاد الزور فى الأملاك المرسلة – لا ينفذ باطنا .

ولئن سلمنا أن النكاح ههنا يثبت بطريق الاقتضاء ، ولكن لم يثبت الحل به ؟ بيانه – أن الحل إنما يثبت بنكاح مطلق ، وهو النكاح من كل وجه ، الظاهر فى حق جميع الأحكام ، والنكاح ههنا يثبت بطريق الضرورة والاقتضاء على زعمكم ، فلا يظهر فى حق الحل .

الجواب :

أما الآية – قلنا لا تتناوله ، لأنه ليس بزنا . بدليل أنه لا يجب الحد عليه بالإجماع .

٢/١٣٧ وأما الحديث – قلنا : المراد منه الأملاك المرسلة – والله أعلم – على أن فى الحديث / إشارة إلى ذلك فإنه قال : « فمن قضيت له بحق مسلم » – ولا يقال : الاعتراض على هذا من وجوه .

أحدها – أن الحديث مطلق فلا يجوز تقييده ، وليس فيه إشارة إلى الأملاك ، لأن القضاء فى هذه الصورة أيضا قضاء بحق مسلم .

---

(١) فى الأصل : « و » وسيأتى فى الجواب : « أو » .

والثانى – أن مفهوم هذا الكلام أنه ﷺ أراد : إنى بشر مثلكم يجرى على الخطأ والسهو فى القضايا كما يجرى عليكم ، فمن قضيت له مخطئا فلا يأخذ به . وهذا لا يتفاوت بين الأنكحة والأملاك المرسلة(١) .

والثالث – أنه ﷺ قال : « فأحسب أنه صادق فأقضى له » – جعل ظن الصدق علة للخطأ فى القضاء ، وهذه العلة قائمة ههنا ، فيثبت معلوله ، فيثبت حكمه .

والرابع – أنكم لما سلمتم أن هذا الحديث يقتضى حرمة الأملاك المرسلة فى مثل هذه القضية ، فلأ [ن] يقتضى حرمة الفروج ، كان أولى ، لأن حرمة الفروج أشد وآكد من حرمة الأموال .

لأنا نقول : المراد من الحديث الأملاك المرسلة بما ذكرنا من القرينة ، لأن القضاء ههنا ليس قضاء بحق مسلم ، لأن المرأة ليست بحق مسلم .

وأما إجماع الأمة – فالجواب عنه ما ذكرنا : أنه ليس بزنا بدليل عدم وجوب الحد .

قوله : لم قلتم بأنه قضى بأمر الشرع ؟ قلنا : لأن المعنى بكونه مأمورا كونه مكلفا ، والتكليف فى موضع ما ، لا يقف على(٢) العلم ، بل الأمر يبتنى على الظن وقد حصل الظن .

قوله : أمكن بناء الحكم على الصدق القطعى بدون العلم بالصدق ، بأن يقول(٣) : قضيت بالنكاح إن كان الشهود صُدُقا(٤) – قلنا : هذا باطل ، لأنا أجمعنا أن القاضى لا يحل له أن يقول ذلك فى موضع ما ، بل يجب عليه القضاء حتما ، والفقه فيه أنه متى غلب على ظنه صدق المدعى وصدق الشهود غلب على ظنه ظلم المدعى عليه ، فيجب على القاضى دفع الظلم قطعا .

---

(١) أرسل الشيء أطلقه وأهمله . وأرسل عليه بسَلَّطه – المعجم الوسيط .

(٢) فى الأصل : « عليه » .

(٣) فى الأصل كذا : « يلول » .

(٤) فى الأصل : « صدقه » راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٣٨٤ .

١/١٣٨ قوله : يجب عليه التأمل والتوقف - قلنا : لما بينا أنه / قضى بأمر الشرع يثبت الحل ويجب دفع الظلم بلا توقف ، بمجرد غلبة الظن .

قوله : الأمر بالقضاء توجه قطعا أم ظاهرا - قلنا : ظاهرا لأنه فصل مجتهد فيه ، فيثبت الحل ظاهرا .

قوله : بأنه مأمور بالقضاء ظاهرا أم باطنا ؟ - قلنا : إذا كان مأمورا بالقضاء صار كأن الشرع قال ذلك ، فيثبت الحل به ، على ما ذكرنا .

قوله : إنما يثبت الحل إذا أمكن - قلنا : الأصل هو الإمكان .

قوله : الحل لو ثبت إما أن يثبت بواسطة النكاح أو لا - قلنا : إذا دللنا على ثبوت الحل من الشرع فقد دللنا على وجود النكاح ضرورة .

قوله : بأن النكاح لم يوجد حقيقة بل بطريق الاقتضاء ، ولا وجه للاقتضاء - قلنا : لو أثبتنا بطريق الاقتضاء فله وجه ، إلا أنا لا نثبته بطريق الاقتضاء ، بل نثبته حكما للقضاء ، لأن القضاء سبب للحل ، ولا حل إلا بالنكاح ، فكان سببا لثبوت النكاح . ولا يقال بأن النكاح ليس إلا قوله : « زوجت » و « تزوجت » ، وهذا لم يوجد حقيقة ، فلا يمكن إثباته حكما للقضاء ، لأنه أمر حقيقى لا يوجد بقضاء القاضى ، لأنا نقول : النكاح وصف شرعى فى المحل قد يثبت بدون هذه الصيغة ، كما فى الأخرس .

قوله : النكاح يختص بشرائط - قلنا والشرائط موجودة ههنا ، وهى : ولاية القاضى وحضور الشهود .

قوله : هذا قضاء بنكاح قد كان ، وثبوت النكاح ابتداء إبطال القضاء على هذا الوجه - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما أن هذا قضاء بالنكاح مطلقا ، من غير التعرض للحال والماضى .

والثانى - أن هذا قضاء بنكاح قد كان ، والقاضى ههنا ينشىء نكاحا يظهر فى حق أحكام قد كانت ، فيستند إليه .

وأما إذا وجد الشهود كفارا أو عبيدا أو محدودين إنما لا ينفذ ، لأنه غير مأمور بالقضاء فى هذه الحالة ، لأن هذه الأسباب يمكن الوقوف عليها فى الجملة ، أما ههنا بخلافه .

وأما إذا كانت المرأة منكوحة الغير – قلنا : لا يمكن إثبات الحل ، لأن الحل إنما يثبت بالنكاح ، والنكاح يقتضى محلا فارغا .

/ وأما الأملاك المرسلة – فلأن أسبابها كثيرة وليس البعض أولى من البعض – أما ههنا بخلافه . ٢/١٣٨

قوله : النكاح هنا يثبت بطريق الضرورة ، فلا يثبت فى حق الحل – قلنا : ليس كذلك ، لأن النكاح هنا يثبت حكما للقضاء ، لا بطريق الاقتضاء .

كتـاب الدعـوى

١٦١ ــ [**مسألة**] : النكول حجة يقضى بها فى باب الأموال . وعنده[١] لا يقضى بمجرد النكول ، بل ينقل اليمين إلى المدعى . فإذا حلف يقضى له .

والوجه فيه – أن نكول المدعى عليه عن اليمين دل على كونه كاذبا فى الإنكار أو باذلا[٢] للمال ، فيجب على القاضى القضاء [للمدعى] بأخذ المال ، قياسا على ما إذا بذل صريحا .

---

(١) عند الشافعى – انظر : الطرابلسى ، معين الحكام ، ص ٩٦ . و أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٣ .

(٢) البَذْل يقال سألته فأعطانى بذل يمينه : ما قدر عليه – المعجم الوسيط . وهنا معنى البذل ترك المنع أى ترك منع المدعى والإعراض عن منازعته فيما يدعيه وهو جائز فى الأموال (انظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٢) وقد اختلف فى وصفه وحكمه – وانظر فى معناه أيضا فيما يلى ص ٢٨٣ .

وقد يجد القارىء المحدث فى هذا الموضوع فى كلام المؤلف بعض غموض – لذلك نورد ما يلى :

اعتبر أبو حنيفة النكول بَذْلا ، ومعنى البذل ترك المنع أى ترك منع المدعى والإعراض عن منازعته فيما يدعيه . واعتبره الصاحبان إقرارا أى بدلا عن الإقرار ، وقائما مقامه فى قطع الخصومة .

واستدلا على ما ذهبا إليه بأن النكول عن اليمين يدل على أن الناكل كاذب فى إنكاره السابق ومقر فى المعنى بما ادعاه المدعى ولولا ذلك لما نكل .

وقال أبو حنيفة : حمل النكول على البَذْل أولى من حمله على الإقرار ، لأننا لو حملناه على الإقرار ، لكذبناه فى إنكاره السابق . ولو جعلناه بَذْلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب ، فكان هذا أولى ، صيانة للمسلم من أن يظن به الكذب .

وقال الشافعى : النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة ويحتمل الترفع عن اليمين الصادقة ويحتمل أيضا اشتباه الحال . وإذا كان الأمر كذلك فلا يصح أن يكون نكول المدعى عليه حجة مع هذا الاحتمال ، بل ترد اليمين على المدعى فإذا حلف قضى له بما ادعاه .

وقول مالك رحمه الله فى هذا كقول الشافعى .

(أستاذنا المرحوم أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٢ – ٢٤٣) .

« إنما قلنا ذلك – لأن اليمين واجبة عليه ، لقوله عليه السلام : « اليمين على من أنكر »[١] . وكلمة « على » للإيجاب ، إلا أنه خص منه حالة الكذب والبذل[٢] ، ففيما عداه يبقى واجبا عليه . فلو لم يكن كاذبا أو باذلا ، كان النكول امتناعا عن الواجب ، والظاهر من حال المسلم أن لا يقدم على ترك الواجب وظلم صاحبه – فدل امتناعه على أن اليمين ليست بواجبة عليه . ولن تخرج من كونها واجبة عليه إلا بكونه كاذبا أو باذلا . فإن كان كاذبا ، يكون ظالما ، فيجب على القاضى دفع ظلمه . وإن كان باذلا كان المدعى آخذا مال نفسه فى زعمه ، فيجب على القاضى تمكينه من ذلك .

= وانظر :

— ابن القيم (٧٥١ هـ) الطرق الحكمية ، مطبعة السنة المحمدية ، ١٣٧٢ هـ ١٩٥٣ م ص ١١٦ وما بعدها .

— ابن فرحون (٧٩٩ هـ) تبصرة الحكام ، على هامش عليش (١٢٩٩ هـ) ، فتح العلى المالك ، طبعة الحلبى ، ١٣٧٨ هـ – ١٩٥٨ ، ص ١٩٠ وما بعدها .

— الطرابلسى ، معين الحكام ، طبعة الحلبى ، الثانية ، ١٣٩٣ هـ – ١٩٧٣ م ، ص ٩٦ وما بعدها .

— أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، القاهرة ، سنة ١٣٤٧ ، المطبعة السلفية ، ص ٢٤٠ وما بعدها .

ومجلة الأحكام العدلية : المواد ١٧٤٢ و ١٧٥١ و ١٨٢٠ وشرحها لسليم باز ص ١١٠٦ و ١١٧٩ .

(١) فى بلوغ المرام ، رقم ١٢٠٩ ص ٢١٩ – وللبيهقى بإسناد صحيح : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » . وسبل السلام ، رقم ١٣٢٢ ص ١٤٨٣ – ١٤٨٤ وفيهما أيضا عن ابن عباس عن النبى ﷺ قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » متفق عليه – الموضع نفسه فيهما ....

« وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى ﷺ رد اليمين على طالب الحق – رواهما الدارقطنى وفى إسنادهما ضعف » بلوغ المرام ، رقم ١٢١٧ ، ص ٢٢١ .

(٢) فى الأصل : « والبدل » بالدال لا بالذال . وفيما تقدم ويلى : « ... باذلا » .

فإن قيل : قولكم بأن النكول دليل على كونه باذلا أو كاذبا – قلنا : لم قلتم بأن القضاء يجوز بمثل هذه الحجة ؟ بيانه – أن النكول متردد بين الكذب والبذل ، فلا يجوز للقاضى القضاء بحجة مترددة .

ثم نقول : لم قلتم بأن النكول دلالة على كونه كاذبا أو باذلا ، ويحتمل أنه امتنع ترفعا حيث يستحلف على صدق كلامه ، ويحتمل أنه امتنع تورعا أو امتنع لاشتباه الأمر عليه ، والمحتمل لا يكون دليلا .

قوله بأن اليمين واجبة عليه – قلنا : لا نسلم ، ولا نسلم بأن كلمة « على » للإيجاب ، بل حقيقة فى التعلى ، مجاز فى الوجوب[1] .

١/١٣٩ ولئن سلمنا بأنه للإيجاب ، / ولكن لا نسلم بأنه أريد به الإيجاب ههنا .

بيانه – أن النبى ﷺ كما ذكر « اليمين » فى جانب المنكر بكلمة « على » ، ذكر « البينة » فى جانب المدعى بكلمة « على » ، ولم تجب عليه .

ولئن سلمنا أن اليمين واجبة عليه ، ولكن فى حال الصدق [قطعا أم[2]] فى حال اشتباه الأمر عليه ، وإنه قد اشتبه عليه ، فلا يجب .

ولئن سلمنا أن اليمين واجبة عليه ، ولكن الامتناع إنما يدل على الكذب إذا كان عالما[3] بالوجوب عليه ، وهو لا يعلم .

ولئن سلمنا أن النكول دليل على كونه صادقا مانعا .

---

(١) « على » حرف جر بمعنى فوق الشىء أو فوق ما يقرب منه . وقد تكون الفوقية معنوية . وبمعنى مع وبمعنى عن وبمعنى لام التعليل وبمعنى فى وبمعنى مِن وبمعنى الباء وللاستدراك – انظر بيان كل ذلك مع التمثيل لكل فى : المعجم الوسيط . وفيه أيضا : تَعَلَّى الرجل تدرج فى الارتفاع وتعلى عنه ترفع عليه .

(٢) سيأتى فى الجواب : « قوله : اليمين واجبة عليه حالة كونه صادقا قطعا أم حالة الاشتباه » .

(٣) فى الأصل كذا : « غالبا » . انظر بقية العبارة .

ولئن سلمنا أنه غلب على ظن[١] القاضي كذبه أو بذله ، [فـ] لم يجب عليه القضاء بهذا القدر من الظن ، وإنما يجب إذا لم يمكنه ظن فوقه وقد أمكن ، وهو نقل اليمين إلى المدعى ، وصار كما إذا نكل عن جواب الخصومة ، ولا يقضى بالنكول مرة واحدة[٢] وإن كان ما ذكرتم موجودا .

الجواب :

قوله : هذه حجة مترددة بين الكذب والإنكار – قلنا : على التقديرين جميعا يجب على القاضي القضاء بملكه ، لأن حكم القضاء بالبذل لا يخالف حكم القضاء بكونه كاذبا ، فيكون النكول حجة على التقديرين .

قوله : يحتمل أنه نكل ترفعا أو تورعا – قلنا : بل أصل الاحتمال ثابت ، ولكن ترجح ما ذكرنا لما مر من الدليل . على أن ما ذكرتم من الاحتمالات ، خلاف الظاهر ، نظرا إلى أحوال أوساط الناس . وأما الاشتباه فإنه قد صرح بنفى الاشتباه لمكان الإنكار .

قوله : لم قلتم بأن كلمة « على » للإيجاب – قلنا : بالنقل والاستعمال . قال الله تعالى : ﴿ ولله على الناس حج البيت ﴾[٣] ولا تنافى بين التعلى والوجوب[٤] .

قوله : لم قلتم بأنه أريد به الإيجاب هنا – قلنا : لما ثبت أنه موضوع للإيجاب .

قوله : لم يرد به (اليمين) الإيجاب فى جانب المدعى – قلنا : عنه جوابان :

أحدهما – لا نسلم أنه لم يرد به الإيجاب ، بل البينة واجبة على المدعى .

---

(١) « ظن » غير ظاهرة تماما .

(٢) إذا قال المدعى عليه لا أحلف فالقاضي يقول له : إنى أعرض عليك اليمين ثلاث مرات . فإن حلفت وإلا قضيت عليك بالمال – معين الحكام ، ص ٩٧ . و أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٠ .

(٣) آل عمران : ٩٧ . ويراجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٣٩٢ .

(٤) تَعَلَّى الرجل تدرج فى الارتفاع . وتعلى عنه ترفع عليه – المعجم الوسيط . وقد تقدمت فى الهامش ١ ص ٣٩٢ .

٢/١٣٩ والثانى – أن يَرِدَ به الإيجاب فى حقه ، بدليل منفصل ، لا يدل على أنه / لم يرد به الإيجاب فى موضع آخر .

قوله : اليمين واجبة عليه حالة كونه صادقا قطعا أم حالة الاشتباه ؟ قلنا : فى الحالين جميعا ، لأنه مطلق ، على أن الاشتباه منتف – قلنا : لما ذكرنا .

قوله : هذا إنما يدل على كونه كاذبا أو باذلا إذا علم – قلنا : لو فرضنا الكلام فى [الحقيقة][(١)] سقط السؤال . وإن لم نفرض ، فنقول : أحكام الشرع لا تبنى على حقيقة العلم ، بل على دليله ، وهو دار الإسلام .

قوله : بأن التصريح بالإنكار يعارض هذه الدلالة – قلنا : الإنكار معارض بدعوى المدعى ، فبقى النكول من غير معارض ، والمنع لا يمنع ذلك ، إذ لا تنافى بين المنع الحسى وكونه كاذباً .

قوله : إن غلب على ظن القاضى ، لم يجب عليه القضاء – قلنا : لما ذكرنا .

قوله : يمكنه الوصول إلى ظن فوقه بنقل اليمين – قلنا : نقل اليمين لا يفيد زيادة الظن لا محالة ، والحكم على أصل الظن . وأما إذا نكل عن جواب الخصم[(٢)] – قلنا : لأنه يمكن أن يكون مقرا أو منكرا ، أما ههنا بخلافه ، وإنما لا يقضى بالنكول مرة ، لأنه لا يدل على كونه كاذبا أو باذلا إلا بالتقرير والتكرير .

والله أعلم .

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة برغم كثرة محاولاتنا . ورسمها كذا : « فى الفقيه » ولعلها : « فى الحقيقة » .

(٢) لو سكت عن جواب الخصم يجعله القاضى مجيبا له – معين الحكام ص ٩٧ .

١٦٢ ـ **مسألة** : الاستحلاف لا يجرى فى الأشياء الثلاثة ، وهى : النكاح[١] ويندرج تحته الرجعة والفىء فى الإيلاء ، والرق ويندرج تحته الولاء[٢] ، والنسب ويندرج تحته أمومية الولد لأنها من آثار النسب[٣] .

والوجه فيه – أن يمين المدعى عليه فى دعوى الرق والنكاح ليست بحق للمدعى فلا يجبر المدعى عليه ، عليه قياسا على ما قبل الدعوى[٤] .

وإنما قلنا ذلك – لأن المقصود فى الدعوى هو حصول المدَّعى لا غير ، واليمين ليست بوسيلة إليه ، لا على تقدير وجوده ولا على تقدير عدمه . أما على تقدير وجوده فظاهر . وأما على تقدير عدمه ، فلأن النكول إنما يكون وسيلة إلى حقه بواسطة القضاء به ، والقضاء بالنكول فى هذا الباب لا يجوز ، لأن النكول بذل ، والبذل[٥] لا يجرى فى هذه الأشياء / ولهذا لو صرح بالبذل لا يجوز القضاء به . ١/١٤٠

فإن قيل : قولكم بأن يمين المدعى عليه ليست بحق للمدعى ، فلا يجبر عليه – قلنا : إشارة إلى أن الجبر على اليمين لحق المدعى . وعندنا : لا يجبر على اليمين إلا لحق الشرع .

ولئن سلمنا أنه لحق المدعى ، ولكن لم قلتم بأن يمين المدعى عليه ليست بحق له ؟ .

قوله : لأن المقصود حصول المدعَى ، واليمين[٦] لا تصلح وسيلة إليه – قلنا : لا نسلم .

---

(١) راجع – السمرقندى ، التحفة ، ٢ : النكاح ص ١٧٤ وما بعدها . والرجعة ص ٢٥٧ – ٢٦٧ . والإيلاء ، ٣٠٥ وما بعدها .

(٢) راجع – السمرقندى ، التحفة ، ٢ : العتاق ص ٣٨٠ وما بعدها . والولاء ، ص ٤٢٤ – ٤٢٩ .

(٣) راجع – السمرقندى ، التحفة ، ٢ : أم الولد ص ٤٠٦ – ٤١٠ . والإقرار بالوارث جـ ٣ ص ٣٣٤ – ٣٣٦ .

(٤) راجع فى كتاب الدعوى والبينات – السمرقندى ، التحفة ، ٣ : ٢٨٩ – ٣١٥ .

(٥) فى الأصل : « بدل والبدل بالبدل » انظر ما تقدم ص ٣٩٠ والهامش ٢ منها .

(٦) فى الأصل كذا : « والمين » .

قوله : لأن النكول بذل ، والبذل لا يجرى فى هذا الباب – قلنا : لا نسلم بأن النكول بذل فى موضع ما ، بل هو [إقرار][1] فيه شبهة – دل عليه أن القضاء بالنكول يجرى فى حق المكاتب والعبد المأذون والصبى المأذون ، والبذل لا يجرى فى حق هؤلاء .

ولئن سلمنا أن النكول فى باب الأموال ولكن لم قلتم بأنه بذل هنا ؟ . بيانه – أن النكول إنما جعل بذلا فى باب الأموال ، لأنها قابلة للبذل ، وهنا غير قابلة ، فلا يحمل عليه .

ولئن سلمنا أن النكول بذل ههنا ، ولكن لم قلتم بأن البذل لا يجرى فى هذه الأشياء ؟ – وهذا لأن المعنى بالبذل ليس هو التمليك ابتداء ، بل هو ترك الخصومة والمنازعة المستحقة للمدعى ، والنفس قابلة للبذل على هذا التفسير ، بخلاف ما إذا صرح بالبذل ، لأنه إباحة ابتداء .

ثم الدليل على أن الاستحلاف يجرى فى هذه الأشياء مسألة ذكرها فى كتاب الطلاق : إن الرجل إذا طلق امرأته طلاقا رجعيا ثم قال لها : راجعتك فإنك أخبرتينى أمس أنك طعنت[2] فى الحيضة الثالثة ، وقالت المرأة انقضت عدتى وما أخبرتك بشىء ، فإنها تستحلف ، فإذا نكلت يقضى عليها بالنكول .

الجواب :

قوله : الجبر على اليمين لحق الشرع – قلنا : لا نسلم ، بل هى لحق المدعى ، لأنه يثبت بطلبه ويترك بتركه ، وهو الذى ينتفع به على الخصوص ، فيكون حقه .

قوله : لم قلتم بأن النكول بذل فى موضع ما ؟ قلنا : لأنه يحتمل أن يكون بذلا ويحتمل أن يكون دلالة على الكذب ، إلا أن حمله على البذل أولى ، لأن فيه حمل أمره على الإصلاح .

---

(١) « إقرار » غير مقروءة وموضعها بياض . ولكن سيأتى فى الجواب ما يفيدها .

(٢) طعن فى الشىء دخل أو أخذ فيه – يقال : طعنت المرأة فى الحيضة دخلت فى أيامها – المعجم الوسيط .

قوله : بأن النكول إقرار فيه شبهة - قلنا : لا نسلم ، وما ذكر من الأحكام / - ٢/١٤٠ .
قلنا : لا نعنى بالبذل الهبة والتمليك ابتداء ، بل نعنى به ترك المنازعة لتحصيل المدعَى ، والبذل على هذا التفسير يجرى فى هذه الأشياء فى [حق] هؤلاء .

قوله : النكول : إن كان بذلا فى الأموال - لم قلتم بأنه بذل هنا ؟ - قلنا : لأن وجه الدلالة على البذل ، وهو حمل أمره على الصلاح ، تشمل الفصلين .

قوله : غير قابلة - قلنا : نعنى به أنه لو ندم[١] عليه وترك الخصومة لا يأثم ، سواء كان المحل قابلا لثبوت الحل بالبذل أو لم يكن .

قوله : لم قلتم بأن البذل على هذا التفسير لا يجرى فى هذا الباب - قلنا : بدليل الإجماع والمعقول :

أما الإجماع - فهو أنا أجمعنا على أن من ادعى على امرأة نكاحا عند القاضى فأنكرت وقالت : لا نكاح بيننا ، ولكنى لا أنازعه ، فالقاضى لا يقضى بالنكاح بينهما .

وأما المعقول - فلأن الدعوى لا تصلح سببا لاستحقاق هذه الحقوق .

وأما ما ذكر من المسألة - قلنا : ذاك ليس بقضاء بالنكول ، لأن[٢] الرجعة كانت ثابتة ، وإنها باقية ببقاء العدة ظاهرا ، فالمرأة تدعى بطلان حق الرجعة الواقعة حقيقة بانقضاء العدة ، فكانت منكرة صحة المراجعة معنى ، فتستحلف ، فإذا نكلت صحت[٣] الرجعة بناء على العدة .

١٦٣ ـــ **مسألة** : القضاء على الغائب ، وللغائب - لا يجوز .

والوجه فيه - أن شرط جواز القضاء لم يوجد ، فلا يجوز القضاء ، قياسا[٤] على القضاء قبل الدعوى .

---

(١) فى الأصل تبدو : « قدم » .

(٢) تبدو فى الأصل كذلك بعد شطب كلمة « حق » وكتابة « لان » بدلا منها على ما يبدو .

(٣) فى الأصل كذا : « صحس » .

(٤) فى الأصل : « قياسيا » .

وإنما قلنا ذلك - لأن شرط جواز القضاء وجود الحجة الموجبة للقضاء ، وكونه البينة حجة موجبة للقضاء تقف على وجود الدعوى والإنكار ، وقد انعدم الإنكار ، فلا يكون حجة .

وإنما قلنا : إن شرط كون البينة حجة وجود الإنكار ، لأن الدليل ينفى كون البينة حجة ، لما فيها من احتمال الصدق والكذب ، إلا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة وإيصال الحق إلى المستحق ، وذلك إنما يكون عند الخصومة والإنكار ، فإذا انعدمت الخصومة / والإنكار ، انعدمت الضرورة ، فلا تكون حجة - ألا ترى أن الشهود إذا شهدوا قبل الدعوى ، ثم ادعى المدعى ، لا يجوز القضاء بتلك الشهادة . ١/١٤١

وإنما قلنا إنه لم يوجد الإنكار - لأن المدعى عليه إذا كان غائبا يحتمل أن يكون مقرا ويحتمل أن يكون منكرا ، بل الظاهر منه الإقرار ، بناء على ظاهر حال المدعى .

فإن قيل : قولكم بأن الدليل ينفى كون البينة حجة - قلنا : لا نسلم .

قوله : لما فيها من احتمال الصدق والكذب - قلنا : احتمالا[١] على السواء[٢] ، وجانب الصدق فيه راجح ع م - فلم قلتم بأنه يبقى العمل بالمحتمل الذى رجح جانب الصدق فيه لظاهر حاله ؟ .

ولئن سلمنا أن البينة حجة ضرورية ، لكن لم قلتم بأن تلك الضرورة لم توجد هنا ؟ .

قوله : الإنكار شرط لوجود الضرورة - قلنا : لا نسلم - بيانه أن الضرورة الجاعلة للبينة حجة ، ضرورة الوصول إلى الحق ، وقد وجدت ههنا ، لأن الغائب إن كان مقرا يمكنه الوصول إلى الحق بدون البينة . وإن كان منكرا ، لا يمكنه الوصول إلا بالبينة ، فلابد من البينة .

ولئن سلمنا أن الضرورة هى للإنكار ، ولا إنكار[٣] ههنا - ولكن لم قلتم بأنه لا ضرورة إلى إثبات الحق ؟ .

---

(١) كذا سيأتى فى الجواب : « احتمالا » .

(٢) سيأتى فى الجواب : « أو » .

(٣) فى الأصل : « ولا الإنكار ههنا » .

ولئن سلمنا أن الإنكار شرط ، ولكن قطعا[١] أم ظاهرا ؟ ع م - فلم قلتم بأنه لم يوجد الإنكار ظاهرا ؟ وبيان وجوده أن المدعى كما يدعى أصل الحق ، يدعى إنكار المدعى عليه ، لأنه لو لم يدع[٢] إنكاره لا تسمع منه البينة . والظاهر من كلامه الصدق ، فكان الظاهر وجود الإنكار ، والإنكار ظاهرا يكفى للبينة ، بدليل أن الوكيل إذا أنكر على موكله ، يقضى على الموكل ، وإن كان احتمال الإقرار من الموكل ثابتا .

ولئن سلمنا أنه لم يوجد الإنكار أصلا - لم لا يجوز القضاء ؟ بيانه : أن شرط جواز القضاء وجود حجة ما ، لا وجود حجة معينة ، وهى البينة .

والدليل على أن القضاء على الغائب جائز - الأحكام :

منها - أن عبدا لو قذف حرا ، فادعى المقذوف على القاذف العتق لإقامة الحد الكامل ، والمولى غائب ، وأقام البينة / ، فإنه يقضى عليه بالعتق . ٢/١٤١

ومنها - أن من ادعى عبدا فى يد إنسان ، وقال : اشتريته من فلان الغائب - وأقام على ذلك بينة ، يقضى بالملك له ، وبالشراء من الغائب ، حتى لو حضر وأنكر لا يلتفت إليه .

ومنها - أن المرأة إذا ادعت النفقة على زوجها الغائب وأقامت البينة ، يقضى لها ، بالنفقة عليه .

ومنها - إذا ادعى رجل أن فلانا الغائب أودعنى هذه الدابة ولم يترك لها نفقة وطلب من القاضى القضاء بالنفقة من مال المودع وأقام البينة[٣] ، يقضى له .

وهذا كله قضاء على الغائب .

---

(١) فى الأصل كذا : « قطلعا » .

(٢) فى الأصل كذا : « يدعى » .

(٣) ساعد على قراءة هذه العبارة « وأقام البينة » الحكمان السابقان على هذا الحكم .

الجواب :

قوله : البينة محتملة احتمالا على السواء ، أو[١] ترجح فيه [ا] جهة الصدق - قلنا : ترجح فيها جهة الصدق ، لكن مع هذا يبقى احتمال الكذب . والدليل ينفى بناء القضاء عليه ، لما فيه من احتمال ضرر العقاب .

قوله : لم قلتم بأن تلك الضرورة لم توجد هنا ؟ قلنا : لما ذكرنا .

قوله : الضرورة الجاعلة[٢] للبينة حجة - [هل] ضرورة الوصول إلى الحق ؟ قلنا : بلى ، ولكن ضرورة الوصول إلى الحق بواسطة الإثبات بحيث لولا الإثبات بالبينة لا يتمكن من الوصول إليه ، وهذه الضرورة منعدمة هنا ، لأن الظاهر هو الإقرار .

قوله : الشرط وجود الإنكار قطعا أم ظاهرا ؟ - قلنا : ظاهرا ولم يوجد ، لما ذكرنا أن الظاهر هو الإقرار بخلاف الوكيل إذا أنكر ، لأن الوكيل قائم مقام الموكل ، وإنكار الوكيل قد وجد قطعا ، أما ههنا بخلافه .

وأما الأحكام :

أما مسألة الحد و [مسألة] دعوى الشراء - قلنا : الحاضر ينتصب خصما عن الغائب فى انكار العين وإنكار الشراء ، ضرورة كونه خصما فيما تعلق بهما .

وأما مسألة نفقة المرأة و [مسألة] الوديعة - قلنا : القاضى انتصب ، لأنه هو المحتسب لإحياء الحقوق عند الحاجة وللعجز .

١٦٤ ـــ **مسألة** : الخارجان إذا ادعيا ملكا مطلقا[٣] أو ادعيا النتاج ، والعين فى

---

(١) تقدم فى المسألة : « و » .

(٢) فى الأصل كذا : « الجاعليه » .

(٣) المراد بالملك المطلق أن يدعى الملك من غير أن يدعى السبب ، بأن يقول : هذا ملكى ولا يقول : هذا ملكى بسبب الشراء أو الإرث أو نحو ذلك - لأن المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفى ولا بالإثبات (الشلبى على الزيلعى ، ٤ : ٢٩٤) .

يد ثالث ، وأقاما جميعا البينة ، يقضى بالعين بينهما نصفين . وله فيه(١) قولان : فى قول يتهاتر البينتان ولا يقضى أصلا . وفى قول : يقرع بينهما / والمناظرة على الأول . ١/١٤٢

والوجه فيه - أن بينة كل واحد منهما حصلت أمارة على ثبوت الملك له ، فيقضى بالنصف لكل واحد منهما ، عملا بالأمارتين بقدر الممكن ، وبيان الوصف والتأثير ما ذكرنا فى مسألة زوج المعتدة(٢) .

فإن قيل : قولكم بأن بينة كل واحد منهما حصلت أمارة على ثبوت الملك له - قلنا : الاعتراضات على الوصف والتأثير ما ذكرنا فى مسألة زوج المعتدة . والذى يختص بهذه المسألة أن الأمارة فى الباب التى يجب العمل بها هى مطلق الشهادة أو شهادة العدل ؟ ع - ولا يمكن القول به ، لأن إحدى البينتين إذا كانت عادلة والأخرى فاسقة لا يقضى بالعين بينهما بالإجماع . والثانى م - لكن لم قلتم بأن كل واحدة من البينتين عادلة ؟ - بيانه أن أحد(٣) الفريقين كاذب بيقين ، لأن العين الواحدة : فى حالة واحدة لا يتصور أن تكون مملوكا لشخصين على سبيل الكمال ، فكان أحد الفريقين كاذبا بيقين ، والكاذب فاسق ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فوجب القول بالتهاتر ، وصار كما إذا شهد أحد الفريقين أن فلانا أعتق عبده يوم النحر بكوفة والآخر [أنه] طلق امرأته يوم النحر بمكة(٤) ، تهاترت البينتان لما قلنا - كذا هذا .

الجواب :

أما الاعتراضات - فجوابها ما عرف فى مسألة زوج المعتدة .

---

(١) انظر : التحفة ، ٣ : ٢٩٧ : « وللشافعى فيه قولان ... » .

(٢) راجع فيما تقدم : كتاب الطلاق ، ص ١٠٠ - ١٤٣ ومنه المسألة ٥٦ ص ١٣٤ - ١٣٦ .

(٣) فى الأصل : « إحدى » وسيأتى بعد قليل : « أحد الفريقين » .

(٤) كذا فى الأصل ويلاحظ أن موضوع الشهادتين ليس واحدا . فالأولى موضوعها عتق العبد والأخرى موضوعها طلاق المرأة .

وأما قوله : الأمارة التي يجب العمل بها شهادة العدول – قلنا : بلى ، ولكن الكلام فيما إذا كانوا عدولا[١] زكاهم المزكي والقاضي .

قوله : أحد الفريقين فاسق – قلنا : إنما يكون فاسقا إذا كان متعمدا[٢] الكذب . أما إذا بنى شهادته على دليل ، وهو اليد أو الشراء أو ما يجرى مجراهما ، لا يكون فاسقا ، فبقى :

قوله[٣] : أمارة فيجب العمل به ، لأن وجوب العمل بناء على وجود الأمارة[٤] ، لا على حقيقة الصدق ، على ما ذكرنا فى مسألة زوج المعتدة .

٢/١٤٢ وأما مسألة / الكوفى والمكى – قلنا : ثمة أحد الفريقين فاسق متعمد الكذب ، لأن ذلك بناء على الغائب ، ولا يتصور معاينة[٥] شخص واحد فى يوم واحد بمكة وبكوفة ، فكان أحدهما فاسقا – أما ههنا بخلافه .

١٦٥ ـــ **مسألة** : الخارج مع ذى اليد إذا تنازعا فى الملك المطلق ، وأقاما جميعا البينة – يقضى ببينة الخارج . وعنده : يقضى ببينة ذى اليد[٦] .

والوجه فيه – أن بينة الخارج أكثر إظهارا ، فكان القضاء بها أولى ، قياسا على البائع والمشترى إذا اختلفا فى مقدار الثمن وأقاما البينة ، كانت بينة البائع أولى .

---

(١) فى الأصل : « عدول » . (٢) فى الأصل كذا : « معتمداً » انظر ما يلى .

(٣) لعل الكلام متصل فيكون كذا : « فبقى قوله : أمارة .. » .

(٤) فى الأصل كذا : « الاما » .

(٥) عاينه معاينة وعيانا رآه بعينه ولقيته عيانا ومعاينة لم أشك فى رؤيتى إياه – المعجم الوسيط .. وفيما تقدم الهامش ٤ ص ٤٠١ .

(٦) قال السمرقندى فى التحفة ، ٣ : ٢٩٥ – « أما إذا كان الدعوى فى ملك مطلق : إن كانت من الخارج على ذى اليد بلا تاريخ ، فبينة الخارج أولى عندنا . وعند الشافعى بينة ذى اليد أولى . وهى مسألة معروفة » .

وإنما قلنا إن بينة الخارج أكثر إظهارا ، لأن بينة الخارج مظهرة للملك من كل وجه ، وبينة ذى اليد مظهرة للملك من وجه ، لأن الملك من وجه ثابت له ، بدون البينة ، بظاهر اليد ، لأن اليد المتصرفة دليل الملك . وإذا كانت بينة الخارج أكثر إظهارا ، فقد خلت عن المعارض فى حق تلك الزيادة ، فيجب العمل بها فى حق تلك الزيادة ، ولا يمكن العمل بها فى حق الزيادة إلا بالقبول فى حق الكل .

فإن قيل : قولكم بأن بينة الخارج أكثر إظهارا – قلنا : لا نسلم .

قوله بأن بينة ذى اليد مظهرة للملك من وجه – قلنا : لا نسلم .

قوله : بأن اليد دليل الملك – قلنا : لا نسلم .

والدليل على أن اليد لا تدل على الملك – المعقول والحكم :

أما المعقول – فهو أن اليد محتملة : تحتمل أنها يد غصب ، وتحتمل أنها يد وديعة أو عارية أو إجارة أو ملك – فلا تدل على الملك .

وأما الحكم – [فقد] أجمعنا على أن الشهود إذا قالوا : « نشهد أن هذه العين ملك فلان لأنا رأيناه فى يده » – لا تقبل هذه الشهادة . فلو كانت اليد دليل الملك لقبلت ، كما إذا قالوا : « نشهد أن هذه العين ملكه ، لأنا رأيناه اشتراه من فلان » .

ولئن سلمنا أن اليد دليل الملك ، لكن فى حالة المنازعة أو فى غير حالة المنازعة ؟ ع م – وهذا لأن اليد إن كان دليل الملك ، فدعوى المدعى تنفى ثبوته .

وإن سلمنا أن بينة الخارج أكثر إظهارا ، / لكن لم قلتم بأن القضاء بها أولى ؟ . ١/١٤٣

قوله : بأنها خلت عن المعارض فى تلك الزيادة – قلنا : خلت عن معارض هى بينة أم خلت عن معارض أصلا – الأول مسلم ، ولكن هذا لم يوجب العمل به . والثانى ممنوع ، لكن هذا فى حيز التعارض لأنه لا يمكن العمل بها فى حق الزيادة إلا بالعمل بها فى حق الأصل ، والعمل بها فى حق الأصل متعذر باعتبار المعارض .

ثم نقول : بينة الخارج إن كانت أكثر إظهارا ، فبينة ذى اليد أكثر صدقا ، لأنه

مؤيد باليد ، والترجيح بزيادة الصدق أولى ، لأن الركن هو الصدق ، فصار كدعوى النتاج ودعوى النكاح ودعوى الشراء من مالك : فإن بينة ذى اليد أولى منها .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن اليد دليل الملك – قلنا : لأن الأصل أن تكون اليد محقة ويد أصالة لا يد نيابة ، لأن الأصل أن يكون الإنسان عاملا لنفسه لا لغيره .

قوله : بأن اليد تحتمل – قلنا : أصل الاحتمال ثابت ، لكن يد الملك راجح – على ما مر .

وأما إذا قال الشهود : نشهد أن عين كذا ملك فلان ، لأنا رأيناه فى يده – إنما لا تقبل هذه الشهادة ، لأن اليد إن كانت دليل الملك ، لكنه دليل الملك من وجه فى حق الدفع لا فى حق الإلزام .

قوله : اليد دليل الملك فى حالة المنازعة أم فى غير حالة المنازعة ؟ – قلنا : فى الحالين جميعا ، لأن وجه الدلالة لا يختلف .

قوله : بأن دعوى المدعى تنفى ثبوت الملك له – قلنا : دعوى المدعى يصير معارضا بإنكار ذى اليد ودعواه لنفسه ، فبقيت اليد خالية عن المعارض .

قوله : بأن بينة الخارج فى حق الزيادة خلت عن معارض هو بينة أو عن معارض أصلا – قلنا : خلت عن المعارض أصلا فيما يرجع إلى كونها حجة ، لأن اليد إن كانـ [ـت] تدل على الملك من وجه ، لكن على وجه لا يجوز القضاء بها .

٢/١٤٢ وأما ما ذكر من المعارضة – قلنا : لا معارضة / لأن امتناع العمل ببينة الخارج فى حق الأصل لا يكون بدليل ناف بل بقضية التعارض .

قوله : بأن بينة الخارج إن كان أكثر إظهارا ، فبينة ذى اليد أكثر صدقا – قلنا : بلى ، ولكن الترجيح بزيادة الإظهار أولى ، لأن الإظهار مقصود من البينة ، والصدق وسيلة إليه ، والترجيح بالمقصود أولى .

وأما الأحكام :

قلنا : فى دعوى النتاج بينة ذى اليد أولى ، لأنها دعوى أولية الملك ، واليد لا يدل عليه ، فمست الحاجة إلى الإثبات بالبينة . وأما دعوى النكاح ، فهى فى معنى دعوى النتاج . وكذلك دعوى الشراء ، فى معنى دعوى النتاج - لما ذكرنا .

١٦٦ ـــ **مسألة** : الأب إذا استولد جارية ابنه ، يتملكها بالقيمة ، ولا يلزمه العُقْر(١) . وعنده : يتملكها ويلزمه العُقْر .

والوجه فيه - أن الأب وطىء مملوكة نفسه ، فلا يلزمه العُقْر ، قياسا على ما إذا اشتراها ثم استولدها .

وإنما قلنا : انه وطىء جارية نفسه - وذلك لأن الأب بسبيل من تملك الجارية قبيل الوطء ، وقد تملكها قبل الوطء ، فثبت الملك ضرورة .

وإنما قلنا إن الأب بسبيل من تملك الجارية ، لأنه بسبيل من تملك طعام الابن عند الحاجة إلى الأكل ، لمعنى : ذلك المعنى موجود ههنا ، وهو الاستبقاء ، وبقاء الإنسان بعد وفاته يكون ببقاء ولده الذى يحيى به ذكره ويدعو له . وإذا كان كذلك فقد تملكها ، لأنه استولى عليها ، وأثبت يده عليها ، وذلك سبب الملك ، كالصيد ، فيكون الوطء مصادفا لملكه ، فلا يلزمه العُقْر .

فإن قيل : قولكم بأن الأب وطىء مملوكة نفسه - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأنه بسبيل من التملك شرعا ، وقد تَملك - قلنا : لا نسلم ، ولا نسلم بأن الأب بسبيل من تملك مال الابن عند الحاجة ، بل هو بسبيل من تناوله على ملك الابن .

---

(١) العُقْر مهر المرأة إذا وطئت بشبهة - المعجم الوسيط . وى تعريفات الجرجانى : « العُقْر أجرة الوطء لو كان الزنا حلالا . وقيل مهر مثلها . وقيل فى الحرة عشر مهر مثلها إن كانت بكرا ونصف عشرها إن كانت ثيبا وفى الأمة عشر قيمتها إن كانت بكرا ونصف عشرها إن كانت ثيبا » .

١/١٤٤ ولئن سلمنا أنه بسبيل من التملك ثمة - لم قلتم بأنه بسبيل من التملك هنا ؟ /

قوله : يحتاج إلى الاستبقاء ههنا ، كما يحتاج إلى الاستبقاء ثمة - قلنا : لم قلتم بأن هذه الحاجة مثل تلك الحاجة ؟ وبيان التفاوت من وجهين :

أحدهما - أن هذه استبقاء النفس معنى ، وذلك استبقاء النفس صورة ومعنى .

والثانى - أن الملك ثمة يوصله إلى الاستبقاء فى الحال قطعا أو ظاهرا ، وهنا يحتمل أن يوصله ويحتمل أن لا يوصله .

ولئن سلمنا أن قضية الدليل ما ذكرتم ، لكن كونه إضرارا بالمالك يمنع ولاية التملك

ولئن سلمنا أن الأب بسبيل من التملك - لكن[١] لم قلتم بأنه تملك ؟ .

قوله : استولى عليها وأثبت يده عليها - قلنا : هذا باطل ، بما إذا وطئها ولم يَعْلِقهَا[٢] ، فإنه لا يملكها ، مع ما ذكرتم .

ولئن سلمنا أن الملك ثبت قبل الوطء ، لكن مطلقا أم ضرورة صحة الاستيلاد ودفع حاجة الاستبقاء ؟ الأول - ممنوع ، ولا يمكن القول به ، لأنه ما ثبت بسبب موضوع له شرعا . والثانى - م[٣] - لكن[٤] الثابت بالضرورة ، لا يظهر فيما عدا الضرورة ووجوب العقر أمر ورد للضرورة ، فلا يظهر فى حقه .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن الأب بسبيل من تملك طعام الابن عند الحاجة إلى الأكل ، بل هو مباح التناول - قلنا الدلالة على ذلك أن النبى ﷺ جعل الأب بسبيل من تناول طعام الابن على الإطلاق لقوله عليه السلام : « كلوا من أكساب أولادكم » : ولا يثبت كونه بسبيل من ذلك إلا بالتملك .

---

(١) « لكن » غير واضح منها غير النون . وقد استكملناها من العبارات السابقة المماثلة .

(٢) عَلِقت الأنثى بالجنين - المعجم الوسيط . وعَلِقَتْ المرأة حبلت - مختار الصحاح .

(٣) « م » عند المؤلف : ولئن سلمنا - كما بينا أول الكتاب ص ٢ .

(٤) فى الأصل كذا : « لكمى » .

قوله : إن كان بسبيل من التملك ثمة ، لم يكن بسبيل من التملك ههنا – قلنا : لأن المعنى يجمعهما ، وهى الحاجة .

قوله : لم قلتم بأن تلك الحاجة مثل هذه الحاجة ؟ – قلنا : هذه الحاجة من جنس تلك الحاجة ، وهى مثلها فى التأثير[١] ، وإنه مناسب ، وقد وجد هنا أصل الحاجة وإن لم يوجد وصفها .

قوله : إنه إضرار بالمالك – قلنا : ليس فى التملك ضرر بالابن ، لأنه مقابل بالقيمة وبنفع[٢] المجازاة .

قوله : لم قلتم / بأنه تملكها – قلنا : لما ذكرنا . ٢/١٤٤

قوله : هذا باطل بما إذا وطئها ولم يَعْلقها – قلنا : ليس كذلك ، فإن الإقدام على الوطء ثمة دلالة التملك أيضا ، لكنه لم يثبت الملك ، لأن الشرع لم يجعله بسبيل من التملك فى هذه الحالة ، لعدم الحاجة .

قوله : الملك يثبت مطلقا أم ضرورة ؟ – قلنا : لا حاجة إلى ذلك ، بل نقول : ثبت الملك بالدليل ، على ما ذكرنا . على أنا نقول : الملك إن ثبت ضرورة ، لكن الثابت بالضرورة يظهر فيما هو من ضرورات تلك الضرورة ونفى العقر من ضرورات الملك .

والله أعلم .

---

(١) فى الأصل كذا : « فى الناسر » .

(٢) فى الأصل كذا : « وبنفع » .

كتـــاب الإقـــرار

١٦٧ ــ [**مسألة**] : دين الصحة مقدم على دين المرض . وعنده : لا يقدم ، بل غريم المرض أسوة لغريم الصحة[١] .

وصورة المسألة – إذا كان عليه دين فى الصحة ، فمرض مرض الموت ، ثم أقر لغريم آخر بدين .

والوجه فيه – أن حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت ، فلا يصح إقراره لغريم آخر ، فيما يرجع إلى غرماء الصحة ، قياسا على المرتهن مع سائر الغرماء .

وإنما قلنا ذلك – لأن المعنى من ذلك أنه ثبت فى المحل أمر شرعى يقتضى كونه أخص باستيفاء الدين ، لأنا أجمعنا على أنه لو تبرع[٢] فى مرض موته لا يقع لازما ، حتى يثبت لغرماء الصحة ولاية نقض تبرعه[٣] . فلو لم يتعلق حقهم بهذا المال ، كان المريض بسبيل من صرفه إلى غيره .

وإذا كان كذلك ، يكون فى تصحيح إقراره إضرار بالغرماء .

فإن قيل : قولكم بأن حق غرماء الصحة [تعلق] بمال المريض مرض الموت – قلنا : لا نسلم .

وأما ما ذكر من الحكم – قلنا : لا نسلم بأن نقض التبرع[٤] لحق الغرماء . ولا نسلم بأن لهم ولاية نقض تبرعه[٥] ، بل لهم أن يرفعوا الأمر إلى القاضى حتى ينقض القاضى ، وولاية النقض إلى القاضى إنما كان دفعا للضرر عن المريض لا عن الغرماء ، كحجر الصبى والسفيه ، كى لا يأثم المريض بالمطل .

---

(١) قال فى التحفة ، ٣ : ٣٣٤ : « .. لكن دين الصحة مقدم على دين المرض الثابت بإقراره ، أما إذا ثبت بالبينة ، أو بمشاهدة القاضى فهما سواء »

(٢ ــ ٥) فى الأصل كذا : « لو شرع .. شرعه .. الشرع .. شرعه » وسيأتى فى الجواب : « .. تبرعه .. تبرعه ..».

ولئن سلمنا أن حق غرماء الصحة [تعلق] بكل مال المريض ، لكن / بشرط عدم تعلق [حق] الغير به أم بدون هذا الشرط ؟ م ع . ولا يمكن دعواه لأن تعلق حق الغير يمنع تعلق حقهم ، وهنا قد تعلق حق غريم المريض[١] ، بدليل إخباره فى مثل هذه الحالة . ١/١٤٥

ولئن سلمنا أن حق غرماء الصحة تعلق بملكه ، والإقرار يؤدى إلى إبطال حقهم ، لكن قصدا أم ضمنا ؟ ع م - فلا يمنع عنه ، لما عرف .

ولئن سلمنا أنه إبطال قصدا ، ولكن أثره فى التحريم أو فى منع ترتيب الحكم عليه ؟ م ع - وبيانه ما مر فى مسألة طلاق الفار[٢] .

والدليل على صحة ما ذكرنا - الأحكام :

منها - أنه لو أقر لغريم فى أول المرض ثم لغريم آخر بعد ذلك ، يصح ، وإن تعلق حق الأول[٣] به .

ومنها - دين الاستهلاك[٤] فى المرض يتعلق بملكه .

ومنها - إذا تزوج أربع نسوة فى مرضه ، يصح ، ويجب مهرهن .

ومنها - لو أقر فى مرضه ولم يكن عليه دين الصحة ، يصح ، وإن [كان] فيه إبطال حق الورثة .

ومنها - إذا أقر بوارث آخر ، يصح ، وإن كان فى هذا كله إبطال حق الوارث والغريم .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن للغرماء ولاية نقض تبرعه ؟ قلنا : لا نعنى بولاية النقض سوى أن

---

(١) فى الأصل كذا « المرض » مع اشتباك الراء فى الضاد .

(٢) راجع فى كتاب الطلاق (ص ١٠٠ وما بعدها) المسألة ٥١ ص ١٢٣ - ١٢٦ .

(٣) فى الأصل : « الأول » أو « للأول » .

(٤) لعل المراد : استهلاك الأمانات - انظر م ١٥٩٨ من مجلة الأحكام العدلية . وشرح المجلة لسليم باز ص ٨٩٠ - ٨٩١ . أو ضمان الإتلاف .

لهم أن يرفعوا الأمر [إلى] القاضى ويطالبوه بالنقض . وإذا فعلوا ذلك ، يجب على القاضى نقض تبرعه . وإذا امتنعوا عنه ، لا يجب . فثبت بهذا أن نقض التبرع لحقهم ، لأنه يثبت بطلبهم ويسقط بتركهم .

قوله : ولاية نقض القاضى إنما كان دفعا للضرر عن المريض – قلنا : ليس كذلك ، لأن المريض التزم الضرر ورضى ، وهو من أهل الالتزام ، فلا يجوز نقض تصرفه ، بخلاف الصبى والسفيه ، فإنه لم يوجد فيهما أهلية الالتزام .

قوله : حق غرماء الصحة تعلق بملكه – [هل] بشرط عدم تعلق حق الغرماء [أم][1] لا بهذا الشرط – قلنا : هذا من باب المعارضة .

قوله : تعلق به حق غريم المرض – قلنا : لا نسلم .

٢/١٤٥ وأما إخباره – قلنا : هو وإن كان صادقا فى إخباره لكن هذا الكلام إقرار / فيما بينه وبين المقر له ، وإنه دعوى فى حق غرماء الصحة ، والمدَّعى لا يقبل إلا ببينة ، ولم توجد هنا ، حتى لو [و] جد يظهر حقه .

قوله : إبطال حقهم حصل قصدا أم ضمنا ؟ – قلنا : سواء حصل قصدا أو ضمنا ، لا يجوز إبطال حق الإنسان ، خصوصا إذا أمكن تنفيذ تصرفه بدون إبطال حقهم ، بأن يثبت فى ذمته ، فلا ضرورة إلى إبطال حقهم ضمنا .

قوله : أثر هذا فى التحريم أم فى منع ترتب الحكم عليه ؟ – قلنا : فى الحجر ومنع ترتب الحكم – على ما مر فى طلاق الفار .

وأما الأحكام :

أما الإقراران فى المرض إنما نفذا ، لأن زمان المرض جعل كحالة[2] واحدة ، فى كونها جامعة للأقارير ، كمجلس التلاوة .

---

(١) راجع هذا القول فيما تقدم ففيه : « أم بدون هذا الشرط ؟ » ص ٤٠٩ س ٢ .

(٢) فى الأصل : « لحالة » .

وأما دين الاستهلاك إنما يساوى دين الصحة ، لأنه ثبت بسبب مطلق ، وهو الاستهلاك ، وإنه لا يقبل التخصيص - أما ههنا بخلافه .

وأما إذا تزوج بأربع نسوة - إنما صح لأن هذا من الحوائج الأصلية وتحقيق مقاصد النكاح .

وأما إذا أقر وليس عليه دين - إنما ينفذ فيما زاد على الثلث ، بشرط أن يكون المال فاضلا عن حاجة الميت .

وأما إذا أقر بوارث - فلأنه إقرار بالنسب ، وهو من الحوائج الأصلية ، وهو مانع ثبوت حق الوارث .

١٦٨ ــ **مسألة** : المريض مرض الموت إذا أقر لبعض ورثته لا يصح ، إلا بتصديق الباقين .

والوجه فيه - أن مال المريض مرض الموت صار ملكا للورثة من وجه فيما بينهم ، فلا يظهر[١] إقرار للبعض فى حق الباقين إلا بتصديقهم ورضاهم ، قياسا على ما إذا تبرع لبعض الورثة فى حال المرض .

وإنما قلنا ذلك : إن ماله صار ملكاً للورثة من وجه - بالحكم والمعقول :

أما الحكم - [فقد] أجمعنا على أن تبرعه لبعض الورثة لا يقع لازما .

وأما المعقول - وهو أن حال مرض الموت ، حال استغناء المورث عن ماله فى حق بعض التصرفات والمصالح ، وذلك يقتضى ثبوت الملك من ذلك الوجه لورثته الذين هم أقرب الناس إليه .

فإن قيل : قولكم بأن مال المريض / صار ملكا للورثة - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، بدليل حل الوطء ونفاذ البيع ، وكونه مملوكا له ينافى كونه مملوكا لغيره . ٦

(١) فى التحفة ، ٣ : ٣٣٥ : « فلا يصح »

وأما نقض التبرع - قلنا : الإقرار للوارث أمر وراء التبرع ، فلا يشكل .

وأما قوله - بأن المرض حال استغناء المورث - قلنا : لا نسلم : بل حال زيادة الحاجة ، لأنه يحتاج إلى تنفيذ الوصايا وقضاء الديون وتدارك الفوات[١] والأدوية للعلاج وغيرها .

ولئن سلمنا أن مرض الموت يوجب[٢] ثبوت ملك الورثة فى حاله ، لكن بشرط عدم الدين . وهنا الدين ثابت بإقراره ، والدين مقدم على الميراث .

ولئن سلمنا أن ماله صار للورثة ، ولكن إقراره إضرار حصل ضمنا فى حقهم ، فلا يبالى به .

ولئن سلمنا أنه إبطال حقهم ، لكن أثره فى التحريم لا فى منع ترتب الحكم عليه .

والدليل على صحة ما ذكرنا الأحكام التى ذكرناها فى المسألة المتقدمة .

الجواب :

قوله بأن ملك المورث قائم من كل وجه - قلنا : [هذا] فى حق حكم يرجع إلى المريض والأجانب - أما فى حق حكم يرجع إلى الورثة فلا .

وما ذكر من الأحكام راجع إلى المريض والأجانب ، لا إلى الورثة .

قوله : الإقرار للوارث أمر وراء التبرع - قلنا : ولاية نقض التبرع دليل ثبوت الملك للورثة فيما بينهم ، على ما مر .

وأما ما ذكر من حاجات المريض - قلنا : المانع من ثبوت ملك الورثة فيما بينهم حاجة مخصوصة ، وهى حاجة بقاء المورث لا غيرها من الحاجات .

قوله : الدين ثبت بإقراره ، والدين مقدم على الميراث - قلنا : الجواب عنه ما مر فى المسألة المتقدمة .

وأما السؤال الثالث والرابع والأحكام - فأجوبتها مرت فى المسألة المتقدمة .

---

(١) فات الأمر فَوتا وفَواتا مضى وقته ولم يُفعل - المعجم الوسيط .

(٢) « يوجب » غير ظاهرة كلها فى الأصل .

كتـــاب الوكـــالة

١٦٩ ـــ **مسألة** : الوكيل بالخصومة إذا أقر على موكله فى مجلس القضاء ، ينفذ إقراره . ولو أقر فى غير مجلس القضاء ، لا ينفذ .

والوجه فيه – أن الوكيل أتى بما وكل به ، فوجب أن ينفذ على الموكل ، قياسا على ما إذا أنكر .

وإنما قلنا ذلك – لأن الموكل وكله بجواب الخصومة / مطلقا ، والإقرار جواب الخصومة ، فيجوز عليه . ١٤٦

وإنما قلنا إنه وكله بجواب ، لأن المصرح به فى التوكيل إن كان هو الخصومة ، ولكنه أراد به جواب الخصومة ، لأن الخصومة جاز أن تجعل مجازا عن الجواب المطلق ، لأن الخصومة سبب للجواب ، وذلك طريق مصحح للمجاز ، وقد دل الدليل على إرادة المجاز ، وهو قصد تصحيح التصرف ، لأن على تقرير أن يكون كاذبا فى الإنكار ، لا يصح توكيله ، فيكون مطلق الجواب مملوكا له .

فإن قيل : قولكم بأنه أتى بما وكل به – قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأنه وكله بالخصومة وقد أتى بالإقرار ، والخصومة منازعة ومشاجرة ، والإقرار مساعدة ومسالمة ، وبينهما تضاد – دل عليه أنه لو صالح لا يصح .

قوله : الخصومة جاز أن تجعل مجازا عن الجواب ، وسبب المجاز موجود ، فالاعتراضات عليه ما مر فى مسألة النكاح بلفظة الهبة[١] .

ثم نقول : إنكم قصرتم فى التعليل ، لأنكم عدلتم عن الحقيقة إلى المجاز ، تصحيحا للتصرف قطعا ، ثم اكتفيتم بتصحيح التصرف ظاهرا – بيانه أنكم جعلتم هذا توكيلا بالجواب : الجواب المطلق ، والجواب المطلق[٢] أما الإقرار أو الإنكار ، وبأيهما أتى

---

(١) راجع فيما تقدم المسألة ٣٨ ص ٨٩ – ٩٢ من كتاب النكاح (ص ٤٦ – ٩٩) .

(٢) كذا فى الأصل .

الوكيل فقد أتى بما هو المملوك له ظاهرا لا قطعا ، فكان فيه تصحيح التصرف ظاهرا لا قطعا .

ثم نقول كما أن تصحيح تصرفه أصل ، فالحقيقة فى الكلام أيضا أصل ، فتعارض الأصلان .

والدليل على صحة ما ذكرنا - الأحكام :

منها - إذا أقر فى غير مجلس القضاء ، لا يصح . وإذا وكله بالإنكار فأقر ، لا يصح . ولو وكله بالخصومة فى حد القذف والقصاص فأقر ، لا يصح .

الجواب :

قوله : وكله بالخصومة ، والخصومة مخالفة ، والإقرار موافقة - قلنا : هذا إنما يلزمنا أن لو جعلنا التوكيل بالخصومة توكيلا بالإقرار بطريق الحقيقة / ، ونحن نجعل اسم الخصومة مجازا عن الجواب ، لوجود طريقه ، بخلاف ما إذا صالح الوكيل ، لأنه لا يمكن جعل الخصومة مجازا عن الصلح لعدم السبب .

١/١

قوله : بأنكم ناقضتم فى الكلام - قلنا : ليس كذلك ، لأنا إنما صرنا إلى المجاز لتصحيح تصرف الموكل على التفسير الذى ذكرنا ، وتصرف الموكل صحيح قطعا ، وتصرف الوكيل يجب تصحيحه قطعا أيضا إن أمكن ، وإلا فظاهرا ، وهنا لا يمكن قطعا ، فيصح ظاهرا .

قوله : بأن الحقيقة فى الكلام أصل - قلنا : بلى ، ولكن على وجه لو عدل عنه إلى المجاز لا يأثم ، وفى الإتيان بغير المملوك يأثم .

وأما إذا أقر فى غير مجلس القضاء فممنوعة [مسألته] .

وكذلك المسألة الثانية ، ممنوعة .

وأما التوكيل بالحدود والقصاص ، فلأن الحدود تندرىء بالشبهات - أما ههنا بخلافه .

١٧٠ ــ **مسألة** : التوكيل بغير رضا الخصم لا يقع لازما .

والوجه فيه - أن التوكيل تصرف فى حق الغير على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر بذلك الغير ، فوجب أن لا يلزمه إلا برضاه ، قياسا على بيع عين من أعيان ماله .

وإنما قلنا ذلك - لأن التوكيل نقل الجواب المستحق على الموكل حقا للمدعى ، بلسانه ، إلى لسان الوكيل ، وفيه احتمال الضرر بالخصم .

وإنما قلنا إن التوكيل نقل الجواب - لأن القاضى يجبره على الجواب ، ولو لم يكن واجبا لما أجبره ، فكان مستحقا عليه ، وإنه حق المدعى ، بدليل أنه يطلب بطلبه ويترك بتركه ، وهو الذى ينتفع به .

وإنما قلنا إن فيه احتمال الضرر - لأن الناس يتفاوتون فى الخصومات وأجوبتها ، فيحتمل أن يكون الوكيل مختصا بزيادة اشتداد فى الخصومة فيتضرر .

فإن قيل : قولكم بأن التوكيل نقل الجواب إلى لسان الوكيل ، وهو حق المدعى - قلنا : لا نسلم بأنه حقه . والدليل على أنه ليس حقه ، أن[١] ، الجواب إما أن يكون إقرارا أو / إنكارا - لا جائز أن يكون الإقرار حقه[٢] [لأنه] لا يجبر على الإقرار بالإجماع . ولا جائز أن يكون الإنكار حقه لأنه إضرار به . ١٤٧

ولئن سلمنا أن الجواب حق المدعى ، ولكن بلسان المدعى عليه على التعيين[٣] ممنوع ، بل بمطلق اللسان ، كالخياط إذا استعان بغيره ، يجوز .

ولئن سلمنا أن الجواب حقه ، ولكن لا نسلم بأن التوكيل نقل الجواب ، إذ لو كان نقلا لما بقى فى لسان الموكل ، وإنه يبقى ، حتى لو أجاب بنفسه يصح .

ولئن سلمنا أن التوكيل تصرف فى حق المدعى ، لم لا يلزم بغير رضاه ؟ .

---

(١) فى الأصل : « لأن » .

(٢) انظر العبارة التالية .

(٣) فى الأصل يبدو : « على التعين » . انظر فيما يلى الهامش ٢ ص ٤١٦ .

قوله : لا يعرى عن احتمال الضرر ، بسبب[١] شدة الخصومة - قلنا : لم قلتم بأن هذا الضرر واجب الدفع ، بل لا يجب دفعه ، لأن الخصم يمكنه أن يعارضه بشدة الخصومة ، وصار هذا كما إذا كان الموكل مريضا أو مسافرا أو امرأة مخدرة ، فإنه يصح التوكيل بغير رضا الخصم .

ثم التعليل معارض بما روى أن عليا كرم الله وجهه وكل أخاه عقُيلا بخصومات من غير رضا الخصوم .

الجواب :

قوله : الجواب إما أن يكون إقرارا أو إنكارا ، وكل ذلك ليس بحقه - قلنا : نحن لا ندعى بأن حقه الإقرار أو الإنكار ، بل ندعى أن المستحق له الجواب ، لأن به يتوصل إلى حقه ، سواء كان صدقا أو كذبا .

قوله : بأن الجواب حقه ، ولكن بمطلق اللسان - قلنا : لا نسلم ، بل بلسانه على التعيين[٢] ، بدليل أن قبل التوكيل . لو أجاب غيره عنه ، لم يعتبر ، فيكون التوكيل نقل الجواب من لسانه إلى لسان غيره ، وإنه ضرر به ، فلا يجوز ، لأن الناس يتفاوتون فيه ، بخلاف الخياطة فإنهم لا يتفاوتون ، حتى لو وجد التفاوت كان له أن يمنع .

قوله : لم قلتم بأن التوكيل نقل الجواب - قلنا : لا نعنى بالنقل إلا أنه لا ينفى الاستحقاق والمطالبة بجواب المدعي عليه بلسانه عينا .

قوله : لم لا يلزمه - قلنا : لأنه ضرر .

قوله : لم قلتم بأنه واجب الدفع - قلنا : لأن كل ضرر واجب الدفع ، إلا إذا كان ضرورة ولا / ضرورة فى تحمله عن الوكيل . ١/١٤

وأما المريض والمسافر والمخدرة - فإنما يلزم توكيلهم ، لأن فى إحضارهم ضررا - أما هنا بخلافه .

وأما حديث على فمحتمل : يحتمل أنه كان برضا الخصوم ، ويحتمل أنه كان بغير رضاهم ، فلا يثبت بالشك .

---

(١) فى الأصل قد تكون : « لسبب » .

(٢) فى الأصل كأنها « على التعين » راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٤١٥ .

كتـــاب الكفـــالة

١٧١ ـــ **مسألة** : [الكفالة] بنفس من عليه الدين وبالأعيان المضمونة ، نحو الغصب والمستعار يصح . وعنده لا يصح بالنفس قولا واحدا ، وله فى العين قولان .

والوجه فيه – أن ركن الكفالة قد وجد[1] ، وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة فيه ، وقد وجد المعنى الداعى إلى تصحيحه ، فوجب أن يصح ، قياسا على الكفالة بالدين .

أما الركن – فلأن المعنى من الركن قوله : « كفلت » أو « ضمنت » وقد وجد .

وإنما قلنا : إنه أمكن تحقيق معنى الكفالة – لأن معنى الكفالة الانضمام بين ذمة الكفيل وبين ذمة الأصيل حكما فى الإيجاب . وتسليم النفس واجب على الأصيل ، لأنه يأثم بتركه ويجبر عليه .

وإنما قلنا : إنه وجد المعنى الداعى إلى تصحيحه – لأن المعنى الداعى إلى تصحيحه حاجة المكفول له ، لأنه ربما يعجز عن استيفاء حقه من الأصيل ، فيحتاج إلى الاستيثاق بالكفيل ، فوجب القول بصحة الكفالة .

فإن قيل : لا نسلم بأنه أمكن تحقيق معنى الكفالة .

قوله : معنى الكفالة الانضمام بين الذمتين حكما – قلنا : نعم ، ولكن لم قلتم بأنه أمكن هنا ، وهذا لأن انضمام الذمتين حكما إنما يكون بإثبات شىء واحد منهما ، ليصير الشىء واحدا[2] . وهذا يتحقق فى الدين ، لأنه وصف شرعى فى الذمة ، أما العين فلا .

ولئن سلمنا أنه يمكن تحقيقه ، لكن لم قلتم بأنه يجب على الكفيل هنا عين ما كان واجبا على الأصيل ؟ .

---

(١) العبارة خطها غير واضح – انظر فيما بعد العبارة

(٢) فى الأصل : « واحد »

قوله : الواجب على الأصيل تسليم النفس - قلنا : لا نسلم ، فإنه يستحيل أن يكون شخص واحد مسلِّما ومسلَّما .

ولئن سلمنا أن الواجب على الأصيل هو التسليم ولكن لغيره ، وهو الإتيان / بالجواب الواجب ، وما وجب لغيره لا يتصور وجوبه على من لم يجب عليه ذلك العين . ٢/

ولئن[١] سلمنا أن الواجب على الأصيل تسليم النفس - لكن بطريق الضرورة ، والضرورة فى حق الأصيل ، لا فى حق الكفيل .

ولئن سلمنا أن تسليم النفس واجب ، ولكن حقا للشرع للإتيان بالجواب ، والكفالة لا تصح لحق الشرع ، كالكفالة فى الحدود والقصاص .

ولئن سلمنا أنه أمكن تصحيح معنى الكفالة ، لكن لم قلتم بأنه يصح ؟ .

وأما ما ذكر من الحاجة - قلنا : إنما تندفع هذه الحاجة إذا كان الكفيل قادرا على تسليم ما وجب عليه بحكم الكفالة ولم يقدر ، لأن المكفول به يدافعه ويمانعه .

والدليل على صحة ما ذكرنا - الأحكام :

منها - أن الكفالة فى الحدود والقصاص لا تصح ، والكفالة بنفس الشاهد لا تصح . والكفالة بالحمولة[٢] بأعيانها ، والكفالة بالدية ، وبدل الكتابة - لا تصح ، وإن كان ما ذكرتم موجودا فى هذه الصور .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأنه أمكن تحقيق معنى الكفالة - قلنا : لما ذكرنا .

قوله : الدين مال حكمى فى الذمة ، أما الواجب ههنا [فـ] فعل - قلنا عنه جوابان :

---

(١) فى الأصل : « ولكن » .

(٢) الحَمولة بالفتح الإبل التى تحمل . والحُمولة بالضم الأحمال . والحُمول بالضم بلا هاء الإبل التى عليها الهودج سواء كان فيها نساء أو لم يكن - مختار الصحاح .

أحدهما – أن الدين عبارة عن فعل واجب فى الذمة ، إلا أنه أجرى عليه بعض أحكام الأموال .

والثانى – إنما تحقق معنى الضم ثمة ، لا لكونه مالا ، لكن لأنه ثبت فى ذمة الكفيل عين الثابت فى ذمة الأصيل .

قوله : الشخص الواحد لا يكون مسلِّما ومسلَّما – قلنا : لا نسلم . وهذا باطل ، بالضرب والقتل والتحريك ، فإن من ضرب نفسه أو[١] قتل نفسه يكون الفاعل والمفعول واحدا – أو يقول : الواجب على الأصيل فعل يصير به حاضرا فى المجلس ، فيجب على الكفيل ذلك .

قوله : تسليم النفس على الأصيل لغيره ، وهو الجواب . والواجب لغيره لا يجب على من لم يجب عليه ذلك الغير – قلنا : بطريق الأصالة أم بطريق الكفالة ؟ ع م / – وهذا ١/١٤٩ لأن شرط الكفالة أن يكون الوجوب على الكفيل لغرض مطلوب من الأصيل ، كما هنا .

قوله : الواجب عليه تسليم النفس بطريق الضرورة – قلنا : لا نسلم ، بل هو ثبت بسبب شرعى ، فلا ضرورة .

قوله : وجب حقا للشرع ، فلا يجرى فيه الكفالة – قلنا عنه جوابان : أحدهما – أنه حق للعبد ، لأنه يسقط بإسقاطه . والثانى – إن كان حقا للشرع ، ولكن تصح الكفالة به إذا أمكن تحقيق معنى الكفالة وقد أمكن ، لما ذكرنا ، والكفالة بالحدود تصح . ولئن كان لا يصح ، فلأنه يحتال لدرئه[٢] ، أما هنا بخلافه .

قوله : الحاجة إنما تندفع إذا كان الكفيل قادرا – قلنا : بلى ، والكفيل قادر ، لأن التسليم ليس إلا التخلية ورفع الموانع ، وهو قادر على ذلك ، والظاهر عدم المدافعة .

وأما الكفالة فى الحدود والقصاص – فالجواب عنه قد مر .

---

(١) فى الأصل كأنها : « لو » .

(٢) فى الأصل كذا : « لدره » .

وأما الكفالة بنفس الشاهد – إنما لا يصح ، لأن تسليم النفس لا يجب على الشاهد ، فلا يجب على الكفيل .

والكفالة بالحمولة(١) – إنما لا تصح ، لأن تسليم المنافع لم يجب الحال .

١٧٢ ــ **مسألة** : الكفالة بالدين عن ميت مفلس لا تصح ، خلافا لهم .

والوجه فيه – أن شرط الكفالة بالدين قيام الدين على الأصيل ، والدين ههنا غير قائم(٢) على الأصيل ، فلا تصح الكفالة ، قياسا على الكفالة بالدين بعد الإبراء .

وإنما قلنا إن شرط الكفالة بالدين قيام الدين على الأصيل ، وذلك لأن الكفالة هى ضم الذمة إلى الذمة ، وذلك إنما يكون ببقاء الدين .

وإنما قلنا : إن(٣) الدين هنا غير قائم على الأصيل ، لأن الدين عبارة عن فعل واجب فى الذمة ، أعنى فعل تمليك المال أو تسليم المال ، وشرط وجوبه القدرة عليه ، والميت المفلس غير قادر عليه ، فلا يبقى عليه الدين .

وإنما قلنا : إن الدين عبارة عن فعل واجب – لأنه يوصف بالوجوب ، فيقال دين واجب ، والوجوب صفة الأفعال دون / الأعيان ، لأن الواجب عبارة عما لو تركه يأثم . ٢/١٤٩
وذلك إنما يتصور فى الأفعال ، فعلم أن الدين عبارة عن فعل واجب ، ولا فعل هنا يوصف بالوجوب سوى إيفاء المال ، بدليل أنه إذا أوفى المال لا يبقى الدين أصلا ..

وإنما قلنا : إن شرط وجوبه القدرة – لأن شرط وجوبه على العاجز ممتنع عقلا وشرعا(٤) .

---

(١) راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ٤١٨ .

(٢) فى الأصل . « غير قيام » .. وسيأتى فى العبارة التالية : « غير قائم » .

(٣) فى الأصل : « إن إن الدين » .

(٤) فى الأصل : « وشرط » .

وإنما قلنا إن الميت المفلس غير قادر ، لأن القدرة على الفعل إما أن تكون بنفسه أو بخلفه ، والميت لا يقدر بنفسه ولا بخلفه ، لأن خلفه هو الوارث ، وإنه يخلفه ويقوم مقامه فى إيفاء الدين إذا ترك مالاً[١] ، لأن الوارث لا يؤمر بقضاء دين الميت من مال نفسه . فإذا مات مفلسا لا يكون خلفا عنه فى ذلك ، فيكون عاجزا[٢] ، فيسقط الدين ، فلا تصح الكفالة .

فإن قيل : قولكم بأن الدين عبارة عن فعل واجب – قلنا : لا نسلم بأن الدين عبارة عن الفعل ، بل هو عبارة عن المال المقدر فى الذمة حكما .

قوله : إنه يوصف بالوجوب – قلنا : كما يوصف الفعل بالوجوب ، فالمال أيضا يوصف بالوجوب يقال : وجب على فلان ألف درهم .

ثم الدليل على أن الدين عبارة عن المال – الأحكام :

منها – جريان الإرث فيه ، وانعقاده نصابا للزكاة ، وجواز الشراء به ، وجواز الهبة ممن عليه .

ولئن سلمنا أنه فعل ، ولكنه ملحق بالمال ، فيكون له حكم المال ، فلا يسقط .

ولئن [سلمنا] أنه فعل مطلقا – لكن لم قلتم بأنه يسقط بالموت عن إفلاس ؟ .

قوله : بأن القدرة قد فاتت – قلنا قطعا أم [موقتا][٣] للاحتمال ؟ ع م – وهذا لأنه[٤] يحتمل أن يظهر له مال أو يتبرع عنه إنسان بقضاء دينه ، والوجوب كان ثابتا بيقين ،[٥] فلا يسقط بالاحتمال

(١) فى الأصل : « ما » فقط

(٢) فى الأصل : « عاجر »

(٣) كلمة غير ظاهرة وتشبه « بقاء » أو « إيفاء » – انظر العبارة التالية . وسيأتى فى الجواب : « قطعا أم مع الاحتمال » . وانظر العبارة التالية ففيها معنى التوقيت ومعروف أن « المطلق » يقابله « المقيد » ولكن المقيد بوقت يكون « موقتا »

(٤) فى الأصل كذا : للانه »

(٥) فى الأصل كذا : « يقس »

ولئن سلمنا أن العجز ثبت مطلقا : لكن هذا يوجب سقوط الدين فى حق المطالبة بالإيفاء أم فى حق أحكام أخر . الأول - مسلم . وعندنا لا يطالب بالإيفاء . والثانى - ممنوع ، لأنه سقط ضرورة العجز ، فيسقط فى حق / الإيفاء لا فى حق أحكام أخر . والكفالة من أحكام أخر .

١/١٥٠

ولئن سلمنا أن الدين يسقط ، ولكن فى حق أحكام الدنيا أم فى أحكام الآخرة - الأول - م ع ، وهذا لأن قيام الدين فى حق أحكام الآخرة لا يفتقر إلى القدرة .

ولئن سلمنا أنه سقط ، ولكن مؤقتا إلى ظهور الكفيل ، فإذا ظهر الكفيل لم يقع العجز .

ولئن سلمنا أن الدين يسقط مطلقا لكن لم قلتم بأنه لا يعود إلى الذمة بعد الكفالة ؟ .

ولئن سلمنا أنه سقط ، ولكن سببه قائم ، وهو المبايعة أو غيرها ، وهذا يكفى لصحة الكفالة .

ثم الدليل على أن الدين قائم بعد الموت عن إفلاس - أنا أجمعنا على أنه لو تبرع إنسان بقضاء دينه يصح . ولو كان له كفيل حالة الحياة ، لا يسقط الدين ، وإن مات مفلساً .

ثم التعليل معارض بما روى عن رسول الله ﷺ أنه أتى بجنازة فقال عليه السلام : هل على صاحبكم دين ؟ فقالوا : نعم يارسول الله . درهمان أو ديناران ، فامتنع النبى ﷺ عن الصلاة عليه فقام على بن أبى طالب أو أبو قتادة وقال : هما علىّ يارسول الله ، فصلى النبى ﷺ عليه[١] ، وصحح الكفالة ولم يبال أنه مات مفلسا .

---

(١) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٧٣٧ و ٧٣٨ ص ١٣٣ وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٢٥ و ٨٢٦ ص ٨٨٨ - ٨٩٠ .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن الدين عبارة عن الفعل – قلنا : لما ذكرنا .

قوله : كما يوصف الفعل بالوجوب ، يوصف المال بالوجوب – قلنا : بلى ، ولكن الفعل يوصف به بطريق الحقيقة ، والمال يوصف بالوجوب مجازا ، بدليل أن الفعل المجرد عن المال يوصف بالوجوب كالصوم والصلاة ، والمال المجرد عن الفعل لا يوصف بالوجوب – لا يقال : جدار واجب وحمار واجب ، فثبت أن الدين عبارة عن الفعل الواجب ، إلا أن الشرع أجرى عليه أحكام الأموال لكونه وسيلة إلى المال .

قوله : بأن الدين فعل ملحق بالأموال / قلنا : بلى ، ولكن الملحق بالمال إنما يبقى إذا تصور بقاؤه ولم يتصور على [ما] مر . ٢/١٥٠

قوله : القدرة فاتت قطعا أم مع الاحتمال ؟ قلنا : قطعا فى الحال ، لتحقق العجز فى الحال قطعا .

وما ذكره من الاحتمالات مجرد وهم – لا أمارة عليه ، فلا يعتبر .

قوله : العجز يوجب السقوط فى حق المطالبة أم فى حق حكم آخر ؟ – قلنا : فى حق جميع الأحكام ، لأنه إنما يبقى فى حكم ما إن لو تصور بقاؤه فى ذاته ، ولم يتصور .

قوله : سقط فى حق أحكام الدنيا أم فى حق أحكام الآخرة ؟ قلنا : فيهما جميعا ، لعدم القدرة .

ولئن سلمنا أنه باق فى حق أحكام الآخرة ، ولكن الكفالة فى حق أحكام الآخرة لا يصح .

قوله : سقط مؤقتا إلى غاية الظهور – قلنا : بل سقط مطلقا ، لأنه لا يقبل التأقيت . ولهذا لو أبرأه إلى سنة لا يصح ، ولأن السقوط هو العجز ، وإنه قائم ، وبظهور الكفيل لا يرتفع العجز ، لأنه ليس خلفا عنه ، لعدم صحة الكفالة .

وبه خرج الجواب عن سؤال العود .

قوله : سبب الدين باق - قلنا : هذه كفالة بالدين ، لا بسبب الدين ، لأن السبب لم يجب .

وأما إذا تبرع عنه غيره - قلنا : لا نسلم بأن هذا تبرع بقضاء الدين ، إلا أنه يحرم عليه الرجوع لحصول مقصوده .

وأما إذا مات وبه كفيل ، فلم يتحقق العجز ، لأنه كفيله خلفه كالوارث - أما هنا بخلافه .

وأما الحديث - قلنا : إن ذلك لم يكن كفالة ، لأن المكفول به كان مجهولا ، والمكفول له لم يكن حاضرا فكان عِدَةً . والثانى : إن كان كفالة ، لكنه يحتمل أنه مات مليئاً - على أنا نقول بأنه منسوخ بما روى الزهرى أن رسول الله ﷺ كان لا يصلى على من مات وعليه دين . ثم قال : « أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم؛ - من ترك دينا فعلينا قضاؤه »[٢] ثم صلى / عليهم بعد ، والاحتجاج بالمنسوخ لا يصح . ١/١٥١

---

(١) وَعَده الأمر ووعده به وَعْدا وعِدةً وموعدا وموعدة وموعودا منّاه به . ووعده فلاناً كان أكثر عِدة منه - المعجم الوسيط .

(٢) بلوغ المرام ، رقم ٧٣٨ ص ١٣٣ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٢٦ ص ٨٩٠ .

كتـاب الحـوالة

١٧٣ ـ [**مسألة**] : المحتال عليه إذا مات مفلسا ، يثبت للمحتال له ولاية مطالبة المحيل بقضاء دينه . وعنده : لا يثبت(١) .

وعلى هذا الخلاف : إذا جحد المحتال عليه الحوالة ، وحلف ، ولم يكن للمحتال له بينة .

واختلفت عبارات المشايخ فى دعوى الدين والإعادة :

قال بعضهم : تنفسخ الحوالة ويعود الدين ، كالمبيع إذا هلك قبل القبض .

وقال بعضهم : تفسخ الحوالة ويعاد ، كالمشترى إذا وجد بالمبيع عيبا .

وقال بعضهم : فى الموت تنفسخ ، وفى الجحود تفسخ .

فاخترنا الكلام فى ولاية مطالبة المحيل بقضاء الدين ، لأنه الحاصل من الخلاف .

والوجه فيه - أن الحوالة عقد قابل للنقض والفسخ ، وقد فات غرض العاقد ومقصود من عقد الحوالة ، فيثبت له ولاية مطالبة [المحيل(٢)] قضاء دينه ، إما بالعود أو بالإعادة ، قياسا على المشترى إذا وجد بالمبيع عيبا .

وإنما قلنا : إن الحوالة عقد قابل للفسخ - لأنا أجمعنا على أنهما لو تفاسخا ينفسخ . فلو لم يمكن قابلا ، لما انفسخ .

---

(١) انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٣ : ٤١٤ - ٤١٥ ففيه : « وعلى قول الشافعى لا يعود الدين إلى المحيل أبدا والمسألة معروفة » ومقالنا : الحوالة فى الفقه الإسلامى . الباب الأول فى المذهب الحنفى - والباب الثانى - الحوالة فى المذاهب الثلاثة : المالكى والشافعى والحنبلى المنشور فى حولية كلية الشريعة بجامعة قطر - الباب الأول - فى العدد الرابع ١٤٠٥ - ١٩٨٥ م ص ٤٥١ - ٥٤٠ . والباب الثانى - فى العدد السادس ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨ م ص ٢٦٣ - ٣٠٤ .

(٢) فى الأصل كلمة غير واضحة تشبه « إذا » . وانظر ما سيأتى .

وإنما قلنا : إنه قد فات غرض العاقد ومقصوده من الحوالة - فلأن غرضه حصول الدين من ذمة المحتال عليه ووصوله إليه ، لأنه يصرح به ، والظاهر من حاله الصدق ، وبموت المحتال عليه مفلسا ، فات رجاء الوصول إليه ، ففات غرضه ، فلو لم يثبت له حق المطالبة ، لفات حقه ، وذلك ضرر .

فإن قيل : قولكم بأن الحوالة عقد قابل للفسخ - قلنا : لا نسلم . وأما التفاسخ **فذاك(١) لا يدل على قبوله الفسخ بدون التراضى .**

ثم نقول : الحوالة قبض(٢) ، فلا تقبل الفسخ .

٢/١٥١ ولئن سلمنا أن الحوالة قابلة / للفسخ - لم قلتم إنه فات غرضه ؟

قوله : بأن الغرض حصول الدين - قلنا : لا نسلم . ولئن سلمنا أن الغرض الوصول إلى الدين ، ولكن هذا الغرض ليس بحكم أصلى للعقد ، لأنه يتعلق باختياره ، بل هو من ثمرات العقد ، فلا ينفسخ العقد بفواته . كما إذا اشترى عبدا ، فقبضه ، فهلك فى الحال .

ولئن سلمنا أنه غرض أصلى وحكم أصلى ، ولكن لم قلتم بأن هذا الغرض فات قطعا ؟ بل احتمال الحصول قائم ، لاحتمال ظهور مال له ، فلم يقع اليأس .

ولئن سلمنا أنه فات غرضه ، لكن لم قلتم بأنه يثبت له حق مطالبة المحيل ؟ وبيان أنه لم يثبت ، لأنه حصل براءة ذمة المحيل بالإجماع بالحوالة ، حتى لو كان المحيل مكاتبا يعتق فى الحال .

ولئن سلمنا أنه فات غرضه - ولكن لم قلتم بأنه يثبت له حق مطالبة المحيل ؟ .

قوله : لأن فوات حقه ضرر - قلنا : كما أن فوات حقه ضرر - فعود الدين أو إعادته إلى ذمة المحيل من غير التزامه بعد البراءة أيضا ضرر فى حقه ، فوقع التعارض ، فلا بد من الترجيح .

---

(١) كذا قرأناها . انظر ما سيأتى (٢) كذا فى الأصل : « قبض »

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن الحوالة قابلة للفسخ ؟ قلنا : لما ذكرنا .

قوله : ذاك لا يدل على قبوله الفسخ بدون التراضى - قلنا : هذا إشارة إلى طريق الفسخ ، ونحن لا ندعى تعين طريق الفسخ ، بل ندعى قبوله للفسخ بأى طريق كان .

قوله : بأن الحوالة قبض - قلنا : لا نسلم ، بل هى نقل الدين من الذمة إلى الذمة . وإذا تصور نقله من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه ، تصور نقله من ذمة المحتال عليه إلى ذمة المحيل .

قوله : لم فات غرضه ؟ قلنا : لما ذكرنا .

قوله : وصول الدين ليس بحكم أصلى - قلنا : بلى ، ولكن ليس من قبيل الأتباع أيضا ، بل هو المقصود الأصلى من حكم العقد ، ففواته يوجب حق الرجوع ، بخلاف العبد إذا هلك ، لأن المقصود من ملك العبد التمكن / من الانتفاع ، ولما[1] قبض ، حصل هذا الغرض ، إلا أنه لم يبق . ١/١٥٢

قوله : لم قلتم بأن هذا الغرض فات قطعا ؟ قلنا : لأنه إذا مات مفلسا فقد عجز عن قضاء الدين بنفسه وخلفه . وأما ما ذكر من الاحتمال ، فذاك خلاف الظاهر ، بل هو نادر ، فلا يعتبر .

قوله : إن فات الغرض لِمَ يثبت له حق المطالبة ؟ قلنا : لما ذكرناه .

وأما البراءة - قلنا : البراءة الحاصلة[2] بالحوالة ما وقعت لازمة ، بل مشروطة بخيار الإبطال عند فوات الغرض ، كما فى البيع .

وأما ما ذكر من معارضة الضرر بالضرر- قلنا : لا معارضة بين الضررين ، لأن ضرر المحيل هو عود الدين إلى ذمته بعد البراءة ، والدين كان فى ذمته ، وضرر المحتال له ضرر فوات حقه أصلا ، وإنه لم يكن قبل الحوالة ، فكان ضررا حادثا ، فكان أقوى ، فكان أولى بالدفع .

---

(١) فى الأصل تشبه : « وكما » .

(٢) فى الأصل : « الحاصلة من » ويبدو أن « من » شطبت .

[٢٦]

كتـــاب الصــلح

١/١٥٢

١٧٤ - [**مسألة**] : الصلح على الإنكار جائز .

والوجه فيه - أن دعوى المدعى بعد الصلح تعرى عن الفائدة المطلوبة بالدعوى ، فوجب أن لا تسمع ، قياسا على الصلح بعد الإقرار .

وإنما قلنا ذلك - لأن الفائدة المطلوبة من الدعوى الوصول إلى المدعَى ، والمدعِي **ههنا لا يتوصل [إلى] المدعَى ، لأنه لا يخلو : إما أن ينضم إلى هذه**[١] **الدعوى نوع** حجة ، كالبينة أو الإقرار أو النكول ، أو لا ينضم : فإن لم ينضم ، لا يتوصل إلى المدعَى ، لأن المدعَى لا يبذل بمجرد الدعوى ، على ما نطق[٢] به الحديث[٣] . وإن كان ينضم ، فكذلك ، لأنه يتبين أن الصلح كان إسقاطا لبعض حقه واستيفاء للباقي إن كان الصلح على جنس حقه ، أو تمليكا بعوض إن كان على خلاف جنسه ، لأنه **يظهر** بهذه الحجج أن المال ثابت ، **ولفظ الصلح عند**[٤] **ثبوت المال إسقاط أو تمليك** .

فإن قيل : لا نسلم بأن الدعوى بعد الصلح تعرى عن الفائدة /

٢/١٥٢

قوله : على تقدير انضمام الحجج ، يتبين أن الحق كان ثابتا ، ويتبين أن الصلح كان إسقاطا أو تمليكا - قلنا : لا نسلم أن على تقدير انضمام الحجج يتبين أن الحق كان

---

(١) فى الأصل : « هذا » .

(٢) لعلها كذلك إذ فى الأصل هى غير واضحة فهى كذا : « نظن » .

(٣) لعل المقصود : « عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال : لو يُعْطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » متفق عليه . وللبيهقى بإسناد صحيح « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » بلوغ المرام ، رقم ١٢٠٩ ص ٢١٩

(٤) فى الأصل : « عنه »

ثابتاً ، بل على تقدير بعض الحجج يثبت الحق فى الحال ، ولا يتبين أنه كان ثابتاً - بيانه : أن من الحجج النكول ، والنكول بذل فى الحال ، فيثبت الحق به فى الحال ، فلا يتبين أن الصلح كان إسقاطا أو تمليكا ، فكانت الدعوى مفيدة من هذا الوجه .

ولئن سلمنا أنه يتبين أنه كان إسقاطا أو تمليكا ، لكن إسقاط مطلقا أو مشروطا بشرط أن لا يقدر على الوصول إلى كل حقه بالحجج ؟ ع م - لكن إذا انقضت الحجج يتبين أنه انعدم الشرط فانعدم الرضا ، والصلح لا يصح بدون الرضا ، فيعود إلى أصل حقه ، وصار كما إذا صالح على الإقرار ثم استحق بدل الصلح ، فإنه يرجع إلى أصل حقه . وكذا الوصى إذا صالح على الإنكار ثم وجد البينة : له أن يقيم البينة ، وصار كالمالك : إذا أخذ الضمان عن الغاصب بقول الغاصب ، ثم ظهر أن الأمر[1] بخلاف ما قاله ، كان للمالك أن يسترد العين .

والدليل على صحة ما ذكرنا : المصالح[2] بعد الحلف على الإنكار ، والمودع على المالك : إذا اختلفا فى الاستهلاك والهلاك ، فاصطلحا على مال ، فإنه لا يجوز مع ما ذكرتم . وكذا [فى] الصلح عن دعوى القصاص بعد الإنكار ، لا يجوز .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن الدعوى بعد الصلح تعرى عن هذه الفائدة ؟ قلنا : لما ذكرنا أن على تقدير انضمام الحجج إليه ، يتبين أن الصلح كان إسقاطا أو تمليكا .

قوله : على تقدير بعض الحجج ، وهو النكول ، يثبت الحق فى الحال - قلنا : ليس كذلك ، فإن هذه الحجج ليست بمثبتة للحق ، بل هى مظهرة ومثبتة / أن الحق كان ثابتا .

١/١٥٣

قوله : النكول بذل - قلنا : لا نعنى بالتمليك البذل والهبة ابتداء ، بل نعنى به ترك المنازعة ، ليستحق المدعَى بالسبب السابق ، وهو الدعوى .

---

(١) كذا يظهر فى الأصل إذ حروف « أن الأمر » مشتبكة بعضها ببعض .

(٢) كذا فى نظرنا الأصح . وفى الأصل : « الصلح » - انظر العبارة المعطوفة وما سيأتى .

قوله : الإسقاط والتمليك مطلق أم مشروط بشرط أن لا يقدر على الوصول إلى كل حقه ؟ قلنا : مطلق ، لأن اللفظ مطلق .

وأما إذا استحق بدل الصلح - قلنا : ثمة لم يسلم له العوض ، وهو بدل الصلح ، فلا تعرى الدعوى عن الفائدة ، فيرجع إلى أصل دعواه .

وأما صلح الوصى - قلنا : ثمة الدعوى مفيد[ة] ، لأنها إذ أقام الحجة ، يظهر أن الإسقاط بهذا العوض لم يصح ، لأنه قربان مال اليتيم ، لا على الوجه الأحسن .

وأما فصل الغاصب - فقد عرف فى المضمونات[1] .

والصلح بعد الحلف ، والصلح مع المودع - ممنوع على هذه الطريقة .

والصلح عن دعوى القصاص على الإنكار ، يجوز - نص عليه فى أول صلح الجامع الكبير .

والله أعلم .

---

(١) راجع فيما تقدم كتاب الغصب ، المسائل ١٠٤ - ١١٢ ، ص ٢٥٥ - ٢٧٠ .

كتـاب الرهـــن

١٧٥ ــ **مسألة** : الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين . وعنده[١] أمانة .

وصورته : رهن عينا قيمته خمسة بعشرة ، فهلك ، يسقط الخمسة ويرجع المرتهن على الراهن بخمسة . ولو كان قيمة الرهن عشرة والدين خمسة ، فهلك ، يسقط الدين وتهلك الزيادة أمانة . وعنده : يهلك الكل أمانة ، ولا يسقط شيء من الدين[٢] .

والوجه فيه – أن حكم الرهن ملك اليد والحبس لجهة استيفاء الدين ، فلا يبقى للمرتهن حق المطالبة بدينه بعد هلاك المرهون ، قياسا على ما إذا استوفى الدين حقيقة ، ثم هلك المستوفى[٣] .

وإنما قلنا ذلك – لأن الرهن ينبىء عن الحبس لغة ، نقلا واستعمالا / – قال الله تعالى : ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾[٤] أى حبيسة . ٢/١٥٣

وإنما قلنا : إنه شرع وثيقة بجهة استيفاء الدين ، لأن الرهن يصلح وثيقة ، والحاجة مست إلى التوثيق ، فيكون للتوثيق ، وتوثيق الاستيفاء من حيث الحقيقة إنما يحصل بالاستيفاء من حيث ملك اليد ، فكان ملك اليد والحبس ثابتا لجهة استيفاء الدين . وإذا كان كذلك ، وجب أن يسقط الدين بهلاكه ، لأنه متى صار مستوفيا لدينه من المرهون يدا ، لا يبقى له حق المطالبة بالإيفاء من حيث اليد مرة أخرى ، لأنه يؤدى إلى

(١ ــ ٣) أى الشافعى . انظر الكاسانى ، البدائع ، ٦ : ١٤٥ وما بعدها . والزيلعى ، تبيين الحقائق ، ٦ : ٦٤ – ٦٥ . وكتابنا ، مذكرات فى الفقه الحنفى ، ص ٢٥٤ – ٢٥٨ وكذا عند الحنابلة : الرهن أمانة – راجع ابن قدامة ، المغنى ، ٤ : ٤٤٢ وما بعدها وكتابنا : أحكام المعاملات المالية فى المذهب الحنبلى ، ص ٢٠٢ – ٢٠٣ .

(٤) المدثر : ٣٨ . والطور : ٢١ : ﴿ كل امرىء بما كسب رهين ﴾ .

الربا ، باستيفاء الدين مرتين ، ولا يمكنه المطالبة بالإيفاء من حيث ملك الرقبة ، بدون ملك اليد ، لأنه لا يتصور ، فيسقط حق المطالبة ضرورة[١] .

فإن قيل : لا نسلم بأن الرهن شرع وثيقة بجهة الاستيفاء للدين ، وهذا لأن توثيق الشيء إثبات صفة زائدة على أصل الوجود مع بقائه على الصفة التى كانت ، لا تغييره عن تلك الصفة ، وهذا لا يمكن تحقيقة ههنا ، لأن الدين إلى الآن كان بحال لا يسقط بهلاك شيء من أعيان ماله ، والآن صار بحال يسقط بهلاك المرهون ، فكان هذا توهينا ، لا تأكيدا وتوثيقا .

ثم الدليل على أن الرهن ليس باستيفاء الدين – أنه لو كان استيفاء الدين ، لا يخلو : إما أن يكون استيفاء لعين الدين ، أو استيفاء لبدل الدين – لا وجه للأول ، لأن الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء عين الدين لا يكون إلا من جنسه . ولا وجه للثانى ، لإجماعنا أن الرهن بالمسلم فيه وببدل الصرف قبل القبض يجوز مع أن الاستبدال بهما قبل القبض لا يجوز .

ولئن سلمنا أن حكم الرهن ملك الدين بجهة الاستيفاء ، لكن هذا استيفاء يتقرر عند الهلاك أو ينتقض عند الهلاك ؟ ع م – لكن إذا انتقض لا يؤدى إلى الاستيفاء مرتين .

والدليل على أنه ينتقض ، أن انتقاض الاستيفاء من الأصل جائز الثبوت ، كما فى حالة الفكاك .

١/١٥٤ والدليل قد دل عليه ، وهو / صيانة حق المرتهن فى دينه من حيث ملك الرقبة .

ثم التعليل معارض بقوله عليه السلام : « لا يغلق الرهن ، هو لصاحبه الذى رهنه :

---

(١) راجع فى ذلك : الكاسانى ، ٦ : ١٤٥ وما بعدها . وكتابنا المشار إليه فيما تقدم : مذكرات فى الفقه الحنفى ، ص ٢٥١ وما بعدها فقد فصلنا القول فى ذلك .

له غنمه وعليه غرمه »[١] . وعندكم : على المرتهن غرمه وهلاكه .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن الرهن شرع توثيقا ؟ [قلنا : لأنه يحقق] استيفاء[٢] الدين من هذا المحل يدا فى الحال ورقبة عند الهلاك ، وعقد الرهن شرع لتقريب الدين من الاستيفاء .

وبه خرج الجواب عن قوله : هذا توهين الدين لا توثيقه - لأن كل دين استوفى يدا ورقبة لا يبقى

قوله : لو كان استيفاء : إما أن يكون استيفاء لعين الدين ، أو لبدل الدين - قلنا : أما من حيث ملك اليد ،*فهو استيفاء عين الدين ، لأن ملك اليد يعتمد التجانس فى المالية فقط ، وقد وجد . وأما من حيث ملك الرقبة ، فهو استيفاء بدل الدين ، ولكن من معنى العين وهو المالية ، لا من صورة العين وذاته ، لأن العين ملك الراهن[٣] ، وهو أمانة[٤] فى يد [المرتهن] ويهلك على ملك الراهن ، فلهذا جاز الرهن بالمسلم فيه وببدل الصرف[٥] ، لأن الممنوع عنه شرعا ثَمّ هو الاستبدال صورة ومعنى ، وهذا استبدال معنى لا صورة .

قوله : هذا استيفاء يتقرر عند الهلاك أم ينتقض ؟ قلنا : يتقرر ، لأن كل استيفاء يتقرر عند هلاك المستوفى ، لأن [الاستيفاء] لن يرتفع ، لأنه إنما ينتقض بالرد كما ذكرتم ، أما بالهلاك [فـ] يتقرر .

---

(١) بلوغ المرام ، رقم ٧٢٢ ص ١٣٠ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨١٠ ص ٨٧٠ - ٨٧١

(٢) فى الأصل : « توثيقا واستيفاء » انظر قوله فيما تقدم وفيما يلى .

(٣) فى الأصل : « الرهن » .

(٤) فى الأصل كذا : « امامه » .

(٥) كذا فيما تقدم قبل سطور : « .. لإجماعنا أن الرهن بالمسلم فيه وببدل الصرف قبل القبض يجوز ... » أما هنا ففى الأصل كما يأتى : « فهذا جاز الرهن على بالسلم والصرف لأن الممنوع عنه .... »

ومعنى قوله عليه السلام : « لا يغلق الرهن » أنه ليس للمرتهن حق المنع وقت الفكاك . وقوله « له غنمه وعليه غرمه » أى له نفعه وعليه نفقته .

١٧٦ ـــ **مسألة** : رهن المشاع لا يجوز ، سواء كان محتملا للقسمة أو غير محتمل لها – رهن من شريكه أو من أجنبى . وبعضهم قالوا : يبطل والصحيح أنه ينعقد بوصف الفساد .

والوجه فيه – أن هذا عقد لا يمكن توفير حكمه عليه ، على الوجه الذى اقتضاه ، فوجب القضاء / بفساده ، قياسا على ما إذا قال : رهنتك يوما ويوما لا . ٢/١٥٤

وإنما قلنا ذلك – لأن حكم الرهن ملك اليد والحبس على سبيل الدوام ، والمشاع لا يحتمل ذلك .

وإنما قلنا : إن حكم الرهن الحبس على الدوام ، لأنا أجمعنا على أنه لو قال : « رهنتك يوما ويوما لا » لا يجوز ، والفائت هنا ليس إلا دوام الحبس

وإنما قلنا : إن المشاع لا يقبل الحبس على الدوام ، لأنه لا يخلو : إما أن يحبس الكل فى كل المدة أو يحبس الكل فى بعض المدة بطريق التهايؤ – لا وجه للأول ، لأنه إضرار بالراهن لشغله ملكه من غير رضاه . ولا وجه للثانى ، لأن التهايؤ يكون بطريق النيابة فى الجانبين أو بطريق المعاوضة ، والأصالة تأبى كل ذلك ، فلا يصح .

فإن قيل : [قلنا] : لا نسلم بأن التهايؤ بطريق النيابة أو المعاوضة غير ممكن .

قوله : الأصالة تأبى ذلك – قلنا : لا نسلم بأن الرهن فى هذه الحالة بقى أصيلا فى حق الحبس .

وبيان الأسولة[١] مر فى مسألة إجارة المشاع[٢]

---

(١) فى الأصل كذا : « الأسولة » قال فى اللسان فى مادة « سول » : أصل السول مهموز عند العرب بدليل قوله تعالى : ﴿ قال قد أوتيت سُؤْلك ياموسى ﴾ (طه : ٣٦) أى أعطيت أمنيتك التى سألتها . وقال آخرون من أهل اللغة إنها واو فى الأصل وليس على بدل الهمز وحكى ابن جنى : سُوَل وأسْوِلة

(٢) راجع فيما تقدم المسألة رقم ١٥٣ ص ٣٦٥ – ٣٦٧ .

والدليل على أن المشاع قابل للرهن – أنه لا يجعل ذكر بعضه ذكرا للكل ، ولو لم يكن قابلا ، لكان إضافة الرهن إلى الشائع إضافة إلى الكل ، كما فى الطلاق والعتاق .

والدليل عليه – أن الشيوع الطارىء لا يوجب فساد الرهن .

ولو رهن عينا من رجلين – يجوز ، وهذا رهن المشاع . هـ

الجواب :

قد ذكرنا أن حبس المشاع بطريق التهايؤ غير ممكن ، لأن طريقه النيابة أو المعاوضة ، وقيام ملك الرقبة للراهن يمنع ذلك . وما ذكر من الأسولة[١] – فالجواب ما مر فى مسألة إجارة المشاع[٢] .

قوله : لم يجعل الإضافة إلى البعض إضافة / إلى الكل – قلنا : لأنه خلاف الحقيقة ، إلا فى الطلاق والعتاق والصلح عن دم عمد ، لأن[٣] ثبوت هذه الأحكام يوجب الحرمة ، والحرمات يحتاط فى إثباتها ، والرهن ليس من باب الحرمات . ١٥٥/

وأما الشيوع الطارىء – [فـ] ممنوع . وإن ثبت فلأن الطَّرْء[٤] لا يفسد ، كالجهالة الطارئة والإباق الطارىء .

وأما إذا رهن من رجلين – قلنا : عنه جوابان :

أحدهما – إن هذا ليس رهن النصف ، بل هو رهن الكل من كل واحد منهما . ولهذا لو قضى دين أحدهما يبقى الكل رهنا عند الآخر .

والثانى – إن كان رهن النصف ، ولكن كل واحد منهما يصلح نائبا عن الآخر ومعاوضا – أما ههنا بخلافه .

---

(١) فى الأصل كذا : « الأسولة » – راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٤٣٤ .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ٤٣٤ .

(٣) فى الأصل كذا : « لا ثبوت » .

(٤) طرأ طَرْءا وطُروءا – حدث وخرج فجأة فهو طارىء – المعجم الوسيط . وفى الأصل « الطريان » .

١٧٧ ــ **مسألة** : الراهن إذا أعتق العبد المرهون ينفذ إعتاقه ، غير أنه : إن كان موسرا يضمن قيمته ، ويكون رهنا عند المرتهن . وإن كان معسرا يسعى العبد فى قيمته ، ويكون رهنا عنده ، ويرجع العبد به على المولى .

وعنده : فى الإعسار لا ينفذ ، وفى الإيسار(١) : له قولان .

والوجه فيه – أن هذا إعتاق صدر عن ولاية التنفيذ ، فوجب القضاء بنفاذه ، قياسا على إعتاق العبد المديون .

وإنما قلنا ذلك – لأن علة ولاية التنفيذ ملك الرقبة ، لأن الإعتاق إزالة ملك الرقبة ، إما قصدا أو تبعا ، لإزالة الرق ، وملك الرقبة ثابت للراهن من كل وجه ، فوجب أن ينفذ إعتاقه ، دفعا لحاجته

وإنما قلنا : إن ملك الرقبة ثابت للراهن من كل وجه – لأنه كان ثابتا مطلقا ، فلو زال إنما يزول بعارض الرهن ، وعقد الرهن وضع لإثبات ملك اليد ، لا لإزالة ملك الرقبة ، فصح ما ادعينا : إنه إعتاق صدر عن ولاية التنفيذ ، فينفذ .

٢/١٥٠ فإن قيل : قولكم بأن / علة ولاية التنفيذ ملك الرقبة – قلنا : العلة ملك الرقبة فحسب أم ملك الرقبة وملك اليد جميعا ؟ ع م – وهذا لأن الإعتاق إزالة الضعف عن المحل ، والضعف إنما يكون بكونه قابلا لملك الرقبة واليد جميعا .

ولئن سلمنا أن العلة ملك الرقبة ، ولكن لم قلتم بأنه ثابت للراهن ؟ وهذا لأن الملك إطلاق التصرفات ، وإنه منتف هنا بالإجماع حتى لو كان جارية فوطئها يلزمه العقر(٢) .

---

(١) أَيْسَرَ فلان يَسِير وأَيْسَرَ له فى الأمر يَسَرَ – المعجم الوسيط .

(٢) راجع فى العقر فيما تقدم الهامش ١ ص ٤٠٥ – قال الجرجانى فى تعريفاته : العُقْر مقدار أجرة الوطء لو كان الزنا حلالا . وقيل : مهر مثلها . وقيل فى الحرة عشر مهر مثلها إن كانت بكراً ونصف عشرها إن كانت ثيبا . وفى الأمة قيمتها إن كانت بكراً ونصف عشرها إن كانت ثيباً .

قوله : بأن الرهن لم يوضع لإزالة ملك الرقبة – قلنا : لم يوضع ابتداء ، لكن وضع بناء على ملك اليد ، لأنه لا يتم إلا به .

ولئن سلمنا أن ملك الرقبة للراهن ، ولكن علة ولاية الإعتاق ملك فارغ أم ملك مشغول ؟ م ع – وهذا مشغول لحق المرتهن ، فلا ينفذ ، لأنه يتضمن إبطال حق المرتهن ، وذلك ضرر ، وصار كالمريض المديون إذا أعتق عبده ، فإنه لا ينفذ ، مع ما ذكرتم .

الجواب :

قوله : العلة ملك الرقبة فقط أم ملك الرقبة وملك اليد ؟ – قلنا : ملك الرقبة فحسب ، بدليل أنه يجوز إعتاق الآبق والمستأجر والمشترى قبل القبض ، وإن انتفـ [ـت] اليد .

قوله : لم قلتم بأن ملك الرقبة ثابت للراهن – قلنا : لما ذكرنا .

قوله : ماهية الملك منتفية ، بالإجماع – قلنا : لا نسلم . ولا نسلم بأن الملك هو إطلاق التصرفات لا محالة ، بل هو معنى يقتضى إطلاق التصرفات لولا المانع .

قوله : لا يحل له وطؤها – قلنا : لا نسلم – بل الوطء حلال ، إلا أنه منع عنه لصيانة حق الغير ، كالمنكوحة إذا حبست بالدين – فوجوب العقر فيه روايتان .

قوله : عقد الرهن لم يوضع لإزالة / ملك الرقبة ابتداء ، لكن وضع له – قلنا : ١٥٦/ ملك اليد للمرتهن إنما يوجب زوال ملك الراهن إن لو كان فى ثبوت ملك الرقبة للراهن بطلان حق المرتهن ، وليس كذلك ، لأن الظاهر أن الراهن لا يقدم على الإعتاق صيانة لرهنه ، وإن أقدم فالقيمة تقوم مقامه .

وبه خرج الجواب عن السؤال الذى يليه .

وأما المريض المديون إذا أعتق – فعند أبي يوسف ومحمد : ينفذ ، فيمنع . وعند أبي حنيفة : إنما[١] لا ينفذ لخلل في علة الولاية ، لأن ملكه زال من وجه ، إذ لو لم يزل يتضرر الغرماء ، بلا جابر – أما هنا بخلافه .

---

(١) فى الأصل « إنما » غير واضحة .

[٢٨]

كتاب الأشربة

١٧٨ ــ **مسألة** : تخليل[١] الخمر مباح . والخل الحاصل به حلال ، سواء كان بعلاج بأن ألقى فيها الملح أو الخل ، أو بغير علاج بأن نقلها من الظل إلى الشمس أو من الشمس إلى الظل . وعنده : إن كان بعلاج لا يحل قولا واحدا ، وإن كان بغير علاج له فيه قولان .

فالخلاف ههنا فى موضعين :

أحدهما – إباحة التخليل .

والثانى – حل الخل المتخذ منه .

فنتكلم فى الموضعين جميعا – فنتكلم :

أولا – فى حل هذا المائع :

الوجه فيه – أن المائع الذى تغير طعمه من المرارة إلى الحموضة بإلقاء هذه الأعيان فيه ، داخل فى جنس الطيبات ، فوجب أن يكون حلالا[٢] كما إذا تخلل بنفسه[٣] .

(١) خلّل الخمر جعلها خلًّا – المعجم الوسيط . انظر فيما يلى الهامش ٣ . والسرخسى ، المبسوط ، ٢٤ : ٢٢ وما بعدها .

(٢) فى الأصل : « حلال » .

(٣) عن أنس بن مالك رضى الله عنه قال : سئل النبى ﷺ عن الخمر تُتّخذ خلا قال : « لا » أخرجه مسلم – بلوغ المرام رقم ٢٢ ص ٥ فى « باب إزالة النجاسة وبيانها » وسبل السلام ، ١ . رقم ٢٢ ، ص ٤٨ .

وقال السمرقندى فى التحفة ، ٣ : ٥٦٥ – ٥٦٦ : « لو ألقى فى الخمر علاجا من الملح والسمك والبيض والخل حتى صارت حامضا ، يحل شربها عندنا وصارت حلالا . وعند الشافعى : لا يحل . ولقب المسألة أن تخليل الخمر بالعلاج هل يباح أم لا ؟ ولو نقل الخمر من الظل إلى الشمس ومن الشمس إلى الظل حتى تصير حامضاً – تحل عندنا . وللشافعى فيه قولان – والمسألة =

وإنما قلنا بأنه داخل فى جنس الطيبات ، لأن الطيب ما يستطيبه الطبع السليم ولا يستقذره ، كالخبيث[١] ما يستخبثه ، وهو المائع بعدما تغير من المزازة إلى الحموضة : يستطيبه الطبع السليم . ولهذا يستعمل فى وجوه المصالح ، فيتخذ منه [السليختين][٢] والمباحات . / وإذا صار بهذه الصفة ، يطلق عليه اسم الطيب فى العرف . وإذا ثبت أنه طيب ، وجب أن يكون حلالا لقوله تعالى : ﴿ أحل لكم الطيبات ﴾[٣] - الله تعالى أحل جنس الطيبات . والمراد من هذا الطيب ، الطيب العرفى الذى تستطيبه الطباع السليمة ، دون الطيب الشرعى وهو الحلال ، لأنه لو كان كذلك لصار كأنه قال : أحل لكم الحلالات ، وهذا تكرار . ٢/١٥٦

فإن قيل : قولكم بأن هذا المائع داخل فى جنس الطيبات - قلنا : هذا خل داخل فى جنس الطيبات أم خمر داخل فى جنسها ؟ ع م - ولكن الخمر حرام ، سواء كان طيبا أو خبيثا طبعا .

وإن قال : صار خلا ، كان انتقالا[٤] لأن الخل حلال ، لقوله عليه[٥] السلام : « نعم الإدام الخل » .

ثم نقول : لا نسلم بأنه صار خلا .

معروفة . والله أعلم » وقال أيضا ، جـ ١ ، ص ١٣٥ : « ... كالخمر تخلل فتحل ... » وانظر : السرخسى ، المبسوط ، ٢٤ وما بعدها .

(١) فى الأصل : كالخبيث .

(٢) كلمة غير مقروءة ولعلها « السليختين » والسليخة من العطر شىء كأنه قشر متسلخ ذو شعب ومن البان دهنُ ثمره قبل أن يُربَّب بأفاويه الطيب - المعجم الوسيط . والقاموس المحيط واللسان .

(٣) المائدة : ٤ ـــ ٥ ﴿ يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات ... اليوم أحلُّ لكم الطيبات ... ﴾ .

(٤) انتقل لغة تحول من مكان إلى آخر - المعجم الوسيط . وراجع فى الانتقال عند الأصوليين : السمرقندى ، الميزان ، ص ٧٦٤ وما بعدها .

(٥) « عليه » ليست فى الأصل .

ولئن قال بأنه صار حامضيا - قلنا : يحتمل أن الحموضة قامت بها ، ويحتمل أنها قامت بالملقى فيها ، فلا يكون خلا .

ولئن سلمنا أن الحموضة قامت بهذه الأجزاء ، لكن بكلها أم ببعضها ؟ ع م - بيانه : أن الخمر لا تتخلل دفعة واحدة ، بل جزءا فجزءا ، فكان احتمال بقاء الخمر به قائما ، فلا يصير خلا بالشك .

ولئن سلمنا أنه صار خلا ، لكن خل[1] طاهر أم نجس ؟ ع م - ولكن الخل النجس لا يكون حلالا ، وإن كان طيبا طبعا ، كالخل الذى يقع فيه الفأره وماتت ، فلم قلتم بأنه طاهر ؟

وبيان أنه نجس : أن ما ألقى فيه صار نجسا بنجاسة الخمرة ، فصار خلا نجسا ، فلا يحل - كما إذا ألقى فى دَن[2] من الخل قطرة من الخمر .

الجواب :

قوله : هذا خل داخل فى جنس الطيبات أم خمر داخل [فى الطيبات] ؟ - قلنا : خل داخل فى الطيبات ، لأنه صار بحالة ، لو ذاقه اللغوى يسميه خلا ، وكونه خلا أمر حقيقى / يعرف بالذوق لا بالشرع ، كما إذا تخلل بنفسه . ١/١٥٧

قوله : هذا انتقال[3] - قلنا : لا نسلم ، لأن للقائل أن يقول : لم قلت بأن الخل الحاصل به حلال ، فلابد من الدليل ؟ .

---

(١) فى الأصل : خلا .

(٢) الدَّنُّ وعاء ضخم للخمر ونحوها والجمع دِنان - المعجم الوجيز - وانظر فيما يلى الهامش ١ ص ٤٤٤ .

(٣) انتقل لغة تحول من مكان إلى آخر - المعجم الوسيط - راجع فيما تقدم الهامش ٤ ص ٤٤٠ . وانظر السمرقندى ، الميزان ، ص ٧٦٤ وما بعدها .

قوله : بأن صفة الحموضة قامت بهذه الأجزاء أو بالعين الملقى - قلنا بهذه الأجزاء ، لأن الحموضة لو كانت باعتبار غلبة الماء على الخمر ، لأدركنا الحموضة[١] فى أول الوهلة ، ومعلوم أن الحموضة إنما تظهر بعد زمان طويل .

قوله : الحموضة قامت بكل هذه الأجزاء أم ببعضها ؟ - قلنا : بكل هذه الأجزاء ، لأن الكل قابل لهذه الصفة ، وقد دل الدليل عليه ، وهو إدراك الحموضة فيه بالذوق مع وجود الخمر ، ولا شك بأن بعض الأجزاء صار خلا بالمجاورة ، فيصير الكل بعين هذه العلة بعد مرور الأيام .

وبه خرج الجواب عن السؤال الذى يليه

قوله : هذا خل طاهر أم نجس ؟ قلنا : هذا خل طاهر ، لأن نجاسة الخمر والوعاء والملقَى باعتبار الخمرية ، فإذا زالت الخمرية زالت النجاسة .

وأما إذا وقعت فأرة فى الخمر وماتت : إن دَمِى[٢] منها قبل أن تنفسخ ، ثم صار خلا ، فهو طاهر . وأما إذا انفسخ ، بقى نجسا ، لأن نجاسة أجزاء الفأرة لا يزول بزوال الخمرية .

وأما إذا ألقى فى دن من الخل قطرة من الخمر ، إنما لا يحل ، لأنه لا يمكن إدراك طعم ذلك الجزء من الجملة فى أول الزمان ، حتى إذا مضى زمان طويل ، يطهر ويحل .

والله أعلم .

[الثانى] - وأما الكلام فى جواز التخليل[٣]

فالوجه فيه - أن هذا تصرف إصلاح ، فوجب أن يكون مباحا مشروعا ، قياسا على دبغ الجلد .

---

(١) عبارة « لو كانت باعتبار غلبة الماء على الخمر لأدركنا الحموضة » وردت فى الهامش بوصفها سدا لنقص فى المتن مع إشارة النقص

(٢) دَمِى الجرح دمىً ودَمْيا خرج منه الدم ولم يَسِلْ فهو دَمٍ - المعجم الوسيط - انظر : السمرقندى ، التحفة ، ١ : ١١٦ — ١١٧

(٣) فى الأصل هنا : « التحليل » وفيما تقدم فى الأصل « التخليل » .

والدليل على ذلك - أنه تحصيل عين صالح لإقامة المصالح ، حقيقة وشرعا .

وإذا كان إصلاحا على هذا التفسير ، وجب أن يكون مباحا مشروعا ، لأنه يكون وسيلة إلى إقامة المصالح ، وتمكينا من استيفائها حقيقة / وشرعا . /١٥٧

فإن قيل : قولكم بأن هذا إصلاح ، فالأسولة[١] عليه ما مر .

ولئن سلمنا أنه إصلاح من الوجه الذى قلتم ، ولكنه إفساد من وجه آخر ، لأنه إفساد للعين الملقى فيه ، فوقعت المعارضة .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على جواز التخليل ، ولكن هنا دليل يأبى ذلك ، لأن الإراقة مشروعة ، ولو كان التخليل مشروعا لما أبيحت الإراقة ، لأنه حينئذ تكون إتلافا للعين المنتفع به ، ولأنه إعزاز للخمر ، وإعزازها حرام ، ولأنه اقتراب منها ، والخمر يجب اجتنابها .

ثم التعليل معارض بالنصوص :

منها : قوله عليه السلام : « لا تتخذوا الخمرة خلا » .

ومنها : ما روى أنه لما نزلت آية تحريم الخمر كان عند أبى طلحة الأنصارى خمور **لأيتام فجاء إلى النبى ﷺ [وقال] : « أخللها يا رسول الله ؟ قال : لا ــ أرقها » .**

الجواب :

قوله : إنه إفساد فى الحال - قلنا : بلى - ولكن للوصول إلى الصلاح . وما هذه حالة لا يقضى بقبحه ، كما فى البزاغة[٢] والحجامة .

---

(١) فى الأصل كذا : « فالأسولة » راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٤٣٤ .

(٢) فى الأصل كذا : « الدراعة » وذَرَع الذبيحة ذَرْعا سلخها من قبل عنقها وذَرَع الرقبة إزالها من قبل المفصل من غير كسر وذرع فى عنقه حبلا شده عليه فاختنق - المعجم الوسيط . وفى التحفة ، ٢ : ٥٢٣ : « ولو استأجر البزاغ والفصاد والختان فعملوا عملهم ثم سرى إلى النفس ومات فلا ضمان عليهم .. » وكذا ، التحفة ، ٣ : ١٤٧ . =

وأما جواز الإراقة - قلنا: إنما جازت الإراقة لمصلحة أخرى لا تحصل بالتخليل ، وهو التحرز عن الوقوع فى الفساد فى الحال ، وهذا لا يمنع إباحة التخليل .

قوله : بأنه إعزاز الخمر - قلنا : لا نسلم ، بل هو إهانة لها وإعزاز للخل ، لأنه سعى فى إتلاف الخمرية .

قوله : بأنه اقتراب من الخمر - قلنا : بلى - ولكن لإتلاف الخمرية ، لا للشرب ، فلا يحرم كالإراقة .

وأما الحديث الأول - قلنا : محمول على اتخاذها ، بمنزلة الخل ، على الموائد ، كما فى قوله : لا تتخذوا الدواب كراسى ، عملا بما ذكرنا .

وأما الحديث الثانى - فمنسوخ ، لأنه كان فى أول زمان التحريم ، حين كان يبالغ النبى ﷺ فى ذلك حتى كان يأمر بكسر الدنان(١) / وشق الزقاق(٢) ، ثم نسخ ، كقتل الكلاب .

والله أعلم .

= وانظر فيما بعد ص ٤٨٠ حيث يقول المؤلف : « - وكذا الفصاد والبزاغ والحجام ... » والبزغ الشق يقال : بزغ البيطار أشاعر الدابة وبضعها إذا شق ذلك المكان فيها بمبضعه والبَزْغُ والتبزيغ التشريط وفى الحديث : « إن كان فى شىء شفاء ففى بِزْغَة الحجام » والبَزْغُ الشَّرط وبَزَغَ دمه أساله - اللسان .

(١) الدن وعاء ضخم للخمر ونحوها والجمع دِنان - المعجم الوجيز - راجع الهامش ٢ ص ٤٤١ .

(٢) الزِّق وعاء من جلد يجز شعره ولا يُنتف للشراب وغيره والجمع أزقاق وزقاق - المعجم الوسيط .

كتاب الإكـــراه

١٧٩ ـــ **مسألة** : طلاق المكره وعتاقه ونكاحه ونذره ويمينه ، صحيح نافذ – خلافا له(١)

والوجه فيه – أن هذا تصرف تطليق ، فوجب أن يصح ، قياسا على الطائع .

وإنما قلنا ذلك – لأن التطليق مشروع فى حق المكره ، وقد وجد صيغة التطليق ، فيقع الطلاق .

وإنما قلنا : إن التطليق مشروع فى حق المكره – لأن التطليق إنما كان مشروعا(٢) فى حق الطائع لمعنى ، وهو الحاجة إلى استيفاء المصلحة المطلوبة بالتطليق ، والمكره أحوج إلى التطليق من الطائع ، لأنه معلق به(٣) بقاؤه وخلاصه من القتل ، لأنه لو لم يطلق يقتله المكرِه ، والطائع لا يتعلق به بقاؤه ، فشرع التطليق ثمة ، على شرعه هنا دليل .

فإن قيل : قولكم بأن التطليق مشروع – قلنا لا نسلم

قوله : لأنه يحتاج إليه لمصلحة بقاء نفسه ، ودفع القتل عنه – قلنا : لا نسلم بأنه يحتاج إلى الطلاق ، لدفع القتل .

فلئن قال بأن غرض المكرِه(٤) تخليصها من حبالته ، ليتزوج بها ، فلو لم يطلقها ،

---

(١) انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٣ : ٤٥٩ وما بعدها وفيه (ص ٤٦٥) : « وإن كان تصرفا لا يحتمل الفسخ ، كالطلاق والعتاق والنكاح واليمين والنذر ونحوها ، فإنه ينفذ التصرف عندنا – خلافا للشافعى . والمسألة معروفة » .

(٢) « مشروعا » كلمة غير واضحة تماما فى الأصل .

(٣) قد تكون : « يتعلق »

(٤) فى الأصل هنا إشارة هكذا : « ⊙ »

بقتله ، ليصل إليها – قلنا : لا نسلم بأن غرضه هذا ، بل يحتمل أن يكون غرضه هذا ، ويحتمل أن يكون غرضه تعذيبه والإضرار به .

ولئن سلمنا أن غرضه هذا ، ولكن هذه حاجة يندر وجودها ، فلا يشرع لها الطلاق .

ولئن سلمنا أنها حاجة يغلب وجودها ، ولكن الطلاق فى أصل الشرع شرع للخلاص من النكاح ، لا لحاجة دفع القتل ، فلا يتعدى إلى غيره .

ولئن سلمنا أن لهذه الحاجة أثرا فى شرع الطلاق ، لكن الطلاق هنا تعين مدفعا لهذه الحاجة أم لم يتعين ؟ ع م . وهذا لأن / هذه الحاجة كما تندفع بالطلاق تندفع بالإتيان بصيغة الطلاق ، إذ لا وقوف للمكره إلا على الصيغة . ٢/١٥

ولئن سلمنا أن الطلاق مشروع فى حق المكره ، لكن لم قلتم بأنه أتى به ؟ .

قوله : وجد منه صيغة التطليق – قلنا : لم قلتم بأن هذه الصيغة وجدت من المكرَه . وهذا لأن المكرَه آلة المكرِه ، بدليل أنه إذا أكرهه على إعتاق عبده فأعتقه ، يجب على المكرِه القيمة ، فيكون مضافا إلى الذى استعمل الآلة لا إلى الآلة ، ولأنه لم يقصد التطليق ولم يُرِدْه ، فلا يقع – دل عليه : أنه لو أكرهه على الإقرار بالطلاق ، فأقر – لا يصح . ولو أكرهه على تسليم الشفعة ، فسلم – لا يصح . ولو أكره الصبى والمعتوه لا يصح .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأنه يحتاج إلى الطلاق لدفع القتل عن نفسه ؟ قلنا : لأن غرض المكرِه من الإكراه الوصول إلى المرأة ، فلو لم يُطَلِّق ، يقتله . وما ذكر من الاحتمال ، أمر يخالف الظاهر واللفظ ، فلا يعتبر .

قوله : هذه حاجة يندر وجودها – قلنا : وإن ندر وجودها ، ولكن إذا وقعت لابد لها من مخلص . وذلك بشرع الطلاق ، وإنما يلحق النادر بالغالب ، إذا لم يمكن التمييز بينه وبين الغالب ، أما إذا أمكن ، فلا .

على أنا نقول : بأن هذه الحاجة يغلب وجودها فى جنسها من حيث الخلاص عن عهدة النكاح .

قوله : الطلاق حيث شرع ،[فـ] لإزالة النكاح لا لدفع [القتل] – قلنا : الطلاق إنما شرع لحاجة الخلاص عن عهدة النكاح ، وهذه حاجة الخلاص عن عهدة النكاح . إلا أن طرق الحاجات مختلفة .

قوله : القتل يندفع عنه بمجرد الصيغة – قلنا : المكره يطلب منه التطليق لا مجرد الصيغة . فلو لم يوجد منه التطليق / يقتله تحقيقا لغرضه ، فوجب القول بتصور ١٥٩ التطليق(١) منه حقيقة وشرعا ، وبوجوده(٢) دفعا للقتل عن نفسه .

قوله : لم قلتم بأنه أتى بالتطليق ؟ قلنا : لأن الكلام فيه .

قوله : لم قلتم بأن الصيغة وجدت منه ؟ قلنا : لأنه أمر حقيقى .

قوله : إنه آلة – قلنا : عنه جوابان : أحدهما – لا نسلم تصور كون المختار آلة للغير : فى فعل ما . والثانى – إنما يكون آلة فيما يتصور ، وذلك فى(٣) المحسوسات كالقتل وغيره ، لا فى المشروعات .

قوله : لم قلتم بأنه قصده وأراده حتى يكون تطليقا – قلنا : لأن الكلام فيما إذا وجد منه القصد والإرادة ، والصيغة دليل القصد .

وأما إذا أكرهه على الإقرار بالطلاق – قلنا : يصح الإقرار ، حتى لو قال بعد زوال الإكراه : كنت صادقا ، كان الحكم ثابتا ، إلا أنه إذا أخبر أنه كان كاذبا يصدق أيضا ، لأن الظاهر يدل عليه .

وأما إذا سلم الشفعة مكرها ، يحصل التسليم ، لكن بوصف الفساد ، كالبيع الصادر من المكرَه ، فكان بسبيل من نقضه ، كما فى البيع .

---

(١) فى الأصل كذا : « التطلق » .

(٢) الظاهر : وبتصور وجوده – أو : وبتحقق وجوده .

(٣) « فى » غير واضحة فى الأصل .

وأما طلاق الصبى والمعتوه - قلنا : إنهما ليسا أهلا[١] للطلاق ، ولهذا لا يقع ، وإن كانا طائعين - أما ههنا بخلافه .

١٨٠ ـ **مسألة** : إذا باع مكرها وسلم مكرها ، ينفذ البيع ويثبت الملك - خلافا لزفر[٢] .

وأجمعوا أنه لو سلم طائعا أو أجاز طائعا - يثبت الملك .

والوجه فيه - أن هذا تصرف بيع ، فوجب أن لا يعرى عن إثبات الملك فى الجملة ، قياسا على بيع الطائع .

٢/١ وإنما قلنا ذلك - لأن البيع مشروع فى حق المكره ، لعموم النصوص المقتضية / لجواز البيع ولمساس الحاجة إلى شرع البيع فى حقه ، وهو تعلق بقائه[٣] ودفع القتل عنه بالبيع - على ما مر .

---

(١) فى الأصل كذا : « اهما لفساده فلا للطلاق .. » .

(٢) قال السمرقندى فى التحفة ٣ : ٤٦٤ : إنه إذا ورد الإكراه على إنشاء التصرف : « إن كان تصرفا يحتمل الفسخ ويشترط فيه الرضا ، كالبيع والشراء والإجارة ونحوها ، والإكراه بأى طريق كان - فإنه يكون التصرف فاسدا : إن اتصل به التسليم يفيد الملك وإلا فلا ، وعلى قول زفر : يكون موقوفا على إجازة المكرَه - والمسألة معروفة » - وانظر فيما بعد الهامش ١ ص ٤٥٠ .

وقال الكاسانى فى البدائع ، ٥ : ٣٠٤ - ٣٠٥ : « وأما شرائطه (شرائط البيع الفاسد) فاثنان : أحدهما - القبض فلا يثبت الملك قبل القبض ... والثانى - أن يكون القبض بإذن البائع . فإن قبض بغير إذنه أصلا لا يثبت الملك بأن نهاه عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير إذنه فإن لم ينهه ولا أذن له فى القبض صريحا فقبضه بحضرة البائع : ذكر فى الزيادات أنه يثبت الملك وذكر الكرخى فى الرواية المشهورة أنه لا يثبت ... » .

وانظر : الكاسانى ، البدائع ، ٧ : ١٨٦ - ١٨٩ . وأستاذنا السنهورى ، مصادر الحق ، ٢ : ٢٢٩ وما بعدها . وفى الفرق بين بيع المكره والبيع الفاسد : ابن عابدين ، ٥ : ١٢٥ . وكتابنا . نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى جـ ١ فى الفقه الحنفى ، ص ٧٦ وما بعدها حيث شرحنا بالتفصيل المقصود بالقبض .

(٣) فى الأصل : « بقاؤه » .

وإذا كان البيع مشروعا فى حقه ، لابد له من صورة ، [فـ] يوجد بتلك الصورة ، وليس ذلك إلا قوله « بعت » ، وقد وجد ، فيكون بيعا ، فيكون سببا للملك .

فإن قيل : لا نسلم بأنه تصرف بيع ، وهذا لأنه لو كان بيعا فى الحال لأفاد الملك فى الحال .

وأجمعنا على أنه لا يفيد الملك إلا بعد القبض .

ولئن سلمنا أن هذا بيع ، لكنه بغير رضا ، فلا يفيد الملك - بالكتاب والسنة والحكم :

أما الكتاب - [فـ] قوله تعالى : ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾[1] .

وأما السنّة - [فـ] قوله عليه السلام : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب من نفسه » .

وأما الحكم - [فـ] بيع الفضولى والبيع بشرط الخيار . ولأنه بيع فيه شرط للإبطال للبائع ، فلا يفيد الملك ، كالبيع بشرط الخيار .

ولئن سلمنا أنه بيع ، ولكنه لا يفيد الملك قبل التسليم ، والتسليم لم يوجد منه ، بل من المكرِه ، لأنه آلة ، فلا يفيد الملك .

الجواب :

قوله : لو كان بيعا لأفاد الملك فى الحال - قلنا : البيع سبب للملك ، إلا أن الحكم قد يتراخى عن السبب لمانع ، وقد وجد المانع قبل القبض ، وهو الفسادُ المتمكن فيه لعدم الرضا ، فالتحق بسائر العقود الفاسدة ، فى حق توقف الملك .

---

(١) النساء : ٢٩ - ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ . وفى الأصل : « ولا تأكلوا » .

قوله : بيع بغير رضا - قلنا : بلى ، ولكن يتصور البيع بدون الرضا .

وأما النص - قلنا : ليس من ضرورة انتفاء الحل انتفاء الملك ، كالمملوك بالبيع الفاسد والمملوك بالغصب المضمون .

١/١٠ وأما الحديث - فإنه نفى الحل إلا بطيبة من نفسه / ، والمحل هنا بعد البيع لم يبق ملك البائع ، بل صار ملكا للمشترى .

وأما بيع الفضولى والبيع بشرط الخيار - فهو غير مباشر فى حق الحكم ، إنما هو مباشر فى حق العاقدين ، أما هنا ، [فـ] البيع حصل مطلقا .

قوله - مشروط الخيار الإبطال - قلنا : بلى ، ولكن إلى أن يبطل يثبت الملك . وكونه بسبيل من الفسخ لا يمنع ثبوت الملك ، كالمبيع المعيب .

قوله : لا يفيد الملك قبل التسليم - قلنا : لا نسلم بأن التسليم شرط ، بل قبض المشترى حقيقة شرط . وإن كان شرطا ، ولكن وجد التسليم منه حقيقة ، لأنه عاقل مختار(١) ، فلا يصلح آلة للغير .

١٨١ ــ **مسألة** : قال أبو حنيفة ومحمد : إذا أكره إنسانا على قتل غيره بالسيف ، فقتله ، يجب القصاص على المكره دون المكره . وقال زفر : يجب على المكره دون المكره . وقال الشافعى : يجب عليهما . وقال أبو يوسف : لا يجب على واحد منهما .

والوجه فيه - أن القتل إماتة ، فلا يشرع إلا لمصلحة الإحياء .

---

(١) الرضا هو إيثار الشيء واستحسانه بخلاف الاختيار الذى هو القصد إلى الشيء وإرادته. فالمكره على الشيء يختاره ولا يرضاه - ابن عابدين ، رد المحتار ، ٤ : ٩ .

وقال فى التوضيح ، ٢ : ١٩٦ : « الإكراه .. إما ملجىء بأن يكون بفوت النفس ، أو العضو ، وهذا معدم للرضا ومفسد للاختيار . وإما غير ملجىء بأن يكون بحبس أو قيد أو ضرب وهذا معدم للرضا غير مفسد للاختيار » انظر شرحه فى التلويح . وانظر السمرقندى ، التحفة ، ٣ : ٤٥٩ وما بعدها . والكاسانى ، البدائع ، ٧ : ١٧٥ وما بعدها . وأستاذنا السنهورى رحمه الله ، مصادر الحق ، ٢ : ١٩٨ وما بعدها . والمجلة ، المادة ١٠٠٣ وما بعدها .

وإنما قلنا ذلك - لأن الدليل ينفى شرع الإماتة ، لكونه تخريب بنيان الله تعالى ، إلا إذا كان لدفع ضرر مثله . وذلك يكون لمصلحة الإحياء ، والإحياء هنا فى قتل المكرِه دون المكرَه ، لأن الإحياء فى باب القصاص بطريق الجبر ، وبطريق الزجر ، وكلاهما حاصل فى قتل المكرِه دون المكرَه :

أما طريق الجبر - فهو أن المعنى به دفع سبب الهلاك المتوجه إلى الورثة من جهة القتل ، لأن الورثة يقصدون قتل المكرِه لا المكرَه ، لأنهم يرون الشر منه لا منه . وإذا لم يقصدوا قتله ، لا يقصد قتلهم ، فلا يوجه إليهم الهلاك منه .

٢/١٦٠ وأما بطريق / الزجر - فلأن المكرِه إذا علم أنه يقتل بالإكراه ، ينزجر ، فيمتنع عن الإكراه . ولا كذلك المكرَه ، فإنه يعلم أنه لو لم يقتل يقتل .

فإن قيل ما ذكرتم ثم ، إدارة الحُكم على الحِكم ، والحُكم لا يدار على الحِكم لخفاء بها ، بل على أسبابها .

ولئن سلمنا أن إيجاب القصاص لما ذكرتم ، لكن لمَ قلتم بأن الإحياء هنا فى قتل المكرِه ؟ .

قوله : الورثة لا يقصدون قتل المكرَه ويعذرونه - قلنا : لا نسلم ، وأى عذر لمن جعل مسلما معصوم الدم وقاية لنفسه - دل عليه أن الشرع يأمره بالصبر حتى يقتل ولا يضره ، فإذا لم يعذره الشرع ، لم يكن معذورا عند الأولياء .

قوله : الزجر لا يتحقق فى حق المكره - قلنا : لا نسلم .

قوله : إنه لم لو يقتل يُقتل فى الحال - قلنا : وجود القتل من جهة المكره ليس بأمر قطعى ، لأنه ربما يهدده ويحمله على القتل ، فإذا امتنع عن القتل لا يقتله ظاهرا ، والظاهر أن الأولياء يقتلون طلبا للشفاء[1] .

قوله : المكرِه إذا علم أنه يُقتل بالإكراه ينزجر - قلنا : الحاجة كما مست إلى شرع

(١) الشفاء دواء النفس . وفى القرآن الكريم : ﴿ وشفاء لما فى الصدور ﴾ - يونس : ٥٧ - المعجم الوسيط . وفى الأصل كذا : « للشفى » .

الزجر عن الإكراه مست إلى شرع الزجر عن قتل المكره ، فيجب القتل على المكرِه تحقيقا للزجر .

ثم ما ذكرتم باطل بالممسك والمعين على القتل ، فإنهما يقتلان ، مع ما ذكرتم .

الجواب :

قوله : بأن هذا إدارة الحُكم على الحِكم – قلنا : الحُكم لابد له من الحِكمة – [ولنا] الإشارة للنص ، وهو قوله تعالى : ﴿ ولكم فى القِصاص حياة ﴾[١] إلا أن الحكمة إذا كانت ظاهرة يدار الحكم عليها ، وإن كانت خفية يدار الحكم على دليلها .

١٦١/١ قوله : لم قلتم بأنه معذور ؟ – قلنا : لا نعنى بكونه معذورا / أنه غير ملوم شرعا ، وأنه مطلق فيه ، بل نعنى به أن الورثة إذا راجعوا أنفسهم : أن هذه الحادثة لو وقعت لهم يقدمون على القتل ، يعذرونه .

قوله : بأن قتل المكره ليس بأمر قطعى ، بل هو غالب وظاهر – قلنا : بلى ، ولكنه تأخر ، وقتل الأولياء بطريق القصاص متأخر ، يتمكن من دفعه بالفرار[٢] وغيره ، ومرجى منهم العفو والصلح .

قوله : الحاجة مست إلى شرع الزجر عن قتل المكره – قلنا : قتل المكره ينافى[٣] الإكراه ، فإذا انتفى الإكراه ، ينتفى قتل المكره ضرورة .

وأما الممسك والمعين – قلنا : ليس فعلهما بحال إذا وجد ، يوجد القتل ، لا محالة ، وإذا انعدم ينعدم – أما هنا يخالفه .

والله أعلم .

---

(١) البقرة : ١٧٩ .

(٢) تشبه : « بالدار » .

(٣) فى الأصل كذا : « ينا على » .

[٣٠]

كتاب الحجـــر

١٨٢ ــ **مسألة** : الحجر على الحر السفيه باطل ، حتى تنفذ تصرفاته قبل الحجر وبعده عند أبى حنيفة .

وقال صاحباه : الحجر صحيح . غير أن عند محمد : كما[١] بلغ سفيها يبلغ محجورا . وعند أبى يوسف : يبلغ مطلقا ثم يصير محجورا بحجر القاضى هـ .

وأجمعوا أنه يمنع ماله عنه ، ما لم يبلغ خمسا وعشرين سنة . فإذا بلغ خمسا وعشرين سنة – عند أبى حنيفة : لا يمنع . وعندهما : دام المنع ما دام السفه .

والوجه فيه – أن التصرف الصادر من السفيه تصرف تمليك فى خالص ملكه ، فوجب أن يفيد الملك ، قياسا على الرشيد .

وإنما قلنا ذلك – لأنه قصد إيقاعه تمليكا ، والشرع جعله بسبيل من ذلك ، فيقع تملكا : أما القصد فظاهر . وأما بيان أن الشرع جعله بسبيل منه ، لأن الشرع إنما جعل الرشيد بسبيل من ذلك لكونه آدميا مكرما حرا بالغا محتاجا إلى التمليك والتملك – هذا المعنى موجود هنا . / ٢/١٦١

فإن قيل : قولكم بأنه تصرف تمليك – قلنا : لا نسلم .

قوله : بأنه قصد إيقاعه تمليكا – قلنا : لا نسلم .

وأما الصيغة – قلنا : الصيغة إنما تدل على القصد إذا صدرت عن عقل ورأى . أما إذا صدرت عن سفه فلا ، كالصيغة الصادرة عن الطفل والمجنون .

ولئن سلمنا أنه قصد التمليك ، ولكن لم قلتم بأن الشرع جعله بسبيل من ذلك ؟ .

---

(١) فى الأصل قد تكون « كما » أو « لما » .

قوله : لأن الرشيد إنما جعل بسبيل لكونه آدميا مكرما ، وإنه موجود هنا - قلنا : كونه مكرما يقتضى إطلاق التصرف النافع أم الضار ؟ م ع - ولا يمكن دعواه ، لأن إظهار الكرامة بإطلاق التصرف النافع ، وتصرف السفيه ضار ظاهرا وغالبا .

ثم التعليل معارض بالكتاب وإجماع الصحابة :

أما الكتاب - [فـ] قوله تعالى : ﴿ فإن كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل ﴾(١) - جعل للسفيه وليا ، فكان هو مَوْليا عليه ضرورة ، فيفيد حجر القاضى عليه . وكذلك قوله تعالى : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم - الآية ﴾(٢) .

وأما الإجماع - فما روى أن عبد الله بن جعفر اشترى دارا بأربعين ألف درهم ، فطلب عمه على بن أبى طالب من عثمان أن يحجر عليه .

الجواب :

قوله : الصيغة إنما تدل على القصد إذا صدرت عن عقل ورأى - قلنا : بلى ، ولكن السفيه عاقل ذو رأى عالم ، لأن أصل العقل موجود فى حقه ، بدليل توجه التكليف ، والكمال ليس بشرط - بدليل نفاذ تصرفات النساء مع نقصان عقولهن .

قوله : لم قلتم بأن الشرع جعله بسبيل ؟ قلنا : لما ذكرنا .

قوله : كونه مكرما يقتضى إطلاق التصرف النافع أم الضار ؟ قلنا : يقتضى كونه بسبيل من التصرف نافع لكن هذه التصرفات نافعة / فى وضعها ، من حيث إنه يوصل المتصرف إلى مرامه .

١/١٠

---

(١) البقرة : ٢٨٢ .

(٢) النساء : ٥ - ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا ﴾ .

قوله : بأن السفيه يباشر التصرف الضار غالبا وظاهرا - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن التصرف الذى هو إتلاف محض لا يباشره السفيه غالبا ، بل يباشر الغبن واستيفاء الملاهى ، ولكن هذا الضرر اندفع بمنع المال عنه ، لأنه إذا منع المال منه ، لا يمكن صرفه فى هذه الوجوه .

وأما الآية - قالوا : أما فى قوله : « وليه » كناية إلى الضعيف ، لأنه أقرب المكنيات ، وذلك الصبى ، وهو محجور[١] . وقوله تعالى : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء ﴾ أراد بها النساء - هكذا ذكر فى التفسير[٢] . .

وأما حديث عبد الله بن جعفر[٣] - فالمطلوب من عثمان كان الزجر والحجر باللسان ، لا الحجر حقيقة .

---

(١) راجع فى تفسير الآية (البقرة : ٢٨٢) ، الشوكانى ، فتح القدير ، ١ : ٣٠٠ - ٣٠١ . وفيه أنه يُمِل عن السفيه وليه المنصوب عنه بعد حجره وعن الصبى وصيه أو وليه وعن العاجز وليه أو المنصوب عنه من الإمام أو القاضى وعن الذى لا يستطيع وكيله ... الخ .

(٢) قال سعيد بن جبير : هم اليتامى . وقال مالك : هم الأولاد الصغار . وقال مجاهد : هم النساء - قال النحاس وغيره : وهذا القول لا يصح ، إنما تقول العرب : سفائه أو سفيهات - انظر الشوكانى ، فتح القدير ، ١ : ٤٢٥ . راجع الهامش ٢ ص ٤٥٤ .

(٣) عبد الله بن جعفر بن أبى طالب القرشى الهاشمى : يكنى أبا جعفر . ولدته أمه أسماء بنت عميس بأرض الحبشة . وهو أول مولود ولد فى الإسلام بأرض الحبشة . وقدم مع أبيه المدينة وحفظ عن رسول الله ﷺ وروى عنه وتوفى بالمدينة سنة ٨٠ هـ وهو ابن تسعين سنة وقيل توفى سنة ٨٤ أو ٨٥ وهو ابن ثمانين سنة وأكثرهم على أنه توفى سنة ٨٠ هـ . يقال : لم يكن فى الإسلام أجود منه (ابن عبد البر - الاستيعاب) .

[٣١]

كتـاب المـأذون

١٨٣ ــ **مسألة** : المأذون فى النوع ، يكون مأذونا فى الأنواع كلها . وعنده : لا يصير مأذونا إلا فى النوع الذى خص المولى الإذن به[١] .

وصورته : إذا قال له : اتجر فى الخز – يصير مأذونا فى التصرف فى الخز والبز[٢] . وعنده : فى الخز فقط .

والوجه فيه – أن العبد متصرف بمالكية نفسه ، فلا يتخصص تصرفه بنوع دون نوع ، قياسا على الحر .

وإنما قلنا ذلك – لأن الحر إنما كان مالكا للتصرف بنفسه ، لكونه مكلفا ، وكونه مكلفا يقتضى الجرى على مطلق موجب التكاليف وذلك إنما يكون بالتمكن من التصرفات تمكينا من الجرى على موجب التكاليف ، بواسطة حصول الأموال – هذا المعنى موجود فى حق العبد ، فكان مقتضاه أن ينفذ تصرفه قبل الإذن ، إلا أنه امتنع ذلك حقا للمولى . فإذا وجد الإذن رضى / بزوال حقه وتعطيل منافع العبد فى حقه بنوع من التصرف . ولا فرق فى حق المولى بين أن تتعطل منافعه بالتصرف فى نوع واحد ، وبين أن تتعطل بالتصرف فى أنواع ، لأنه من حيث تعذر الانتفاع لا يتفاوت ، فإذا رضى المولى بزوال المانع ، فتعمل المالكية عملها فى كل الأنواع . ٢/١٦٢

فإن قيل : قولكم بأن العبد يتصرف بمالكية نفسه – قلنا : لا نسلم .

---

(١) راجع : كتاب المأذون فى : التحفة ، ٣ : ٤٨١ وما بعدها .

(٢) البز نوع من الثياب والخز من الثياب ما ينسج من صوف وإبْرَيْسَم أو ما يُنْسج من إبْرَيْسَم خالص – والإبْرَيْسَم أحسن الحرير – المعجم الوسيط . وفى مختار الصحاح : والإبريسم معرّب وفيه ثلاث لغات . والعرب تخلط فيما ليس من كلامها .

قوله : بأنه مكلف ، والتكليف يقتضى المالكية - قلنا : التكليف يقتضى الإمكان المطلق ، لكن فى حق من هو يكفى المؤنة من جهة الغير أم فى حق من ليس يكفى المؤنة ؟ ع م . والعبد يكفى المؤنة من جهة المولى شرعا وعرفا ، فلا حاجة إلى إثبات المالكية له .

ولئن سلمنا أن التكليف يقتضى المالكية ، ولكن كونه بأعضائه وآلاته مملوكا للمولى ، تبقى المالكية ، فوقع التعارض .

ولئن سلمنا أن التكليف يقتضى المالكية لا لعينها ، بل لغرض الوصول إلى المال ، وهذا الغرض لم يحصل ، لأن المال لا يملكه العبد ، بل يملكه المولى .

ولئن سلمنا أن التكليف يقتضى المالكية مطلقا ، لكن لم قلتم بأنه ثبت(١) هنا ؟ .

قوله : المولى إذا أذن رضى بتعطيل منافعه - قلنا : فى كلها أو بعضها ؟ ع م . وهذا لأن غرض المولى من إذن العبد فى التجارة هو الربح ظاهرا ، والربح إنما يحصل بالهداية ، والمولى إذا خص الإذن بهذا النوع ، دل على أنه جربه ، فوجده مهتديا فى هذا النوع ، دون غيره ، فيختص به .

دل عليه - أن المأذون فى جنس ما ، لا يكون مأذونا فى الأجناس ، حتى لو أذن له فى الكتابة لا يصير مأذونا فى النكاح . ولو أذن له فى شراء الطعام للقوت ، لا يكون / مأذونا فى غيره .

١/١٦٣

الجواب :

قوله : التكليف يقتضى المالكية فى حق من هو مكفى المؤنة أم لا ؟ - قلنا : التكليف يقتضى الإمكان مطلقا ، وذلك إنما يحصل بطريق يستبد المكلف به ، ولا يتعلق باختيار الغير كل التعلق - دل عليه أن المرأة مكفية المؤنة من جهة الزوج ومع هذا يثبت لها مالكية التصرفات .

---

(١) هذه الكلمة « ثبت » غير واضحة هنا .

قوله : كونه مملوكا للمولى ينفى المالكية - قلنا : كون العبد مملوكا للمولى لو منع ثبوت المالكية ، إنما يمنع لأن فيه تعطيل مصلحة المولى ، وذلك بالإطلاق ، وبثبوت موجب هذه التصرفات ، لا بثبوت مالكية العبد .

قوله : التكليف يقتضى المالكية لغيرها ، وهو حصول المال ، ولم يحصل - قلنا : لا نسلم ، بل يحصل ويصل إلى هذا الغرض بعد الإذن ، إلا إذا كان عليه دين ، فينتقل إلى المولى ، أما ابتداء فلا .

قوله : بأن غرض المولى هو الربح - قلنا : الإذن ثبت مطلقا غير مقيد ، فوجب أن لا يقيد ، كى لا يمتنع الناس عن المعاملة معه .

وأما الإذن فى جنس - إنما لا يكون فى الأجناس ، لأن الغرض من الإذن استفادة موجب هذه التصرفات : إما للعبد أو لنفسه . والغرض من هذا الجنس غير الغرض من ذلك الجنس ، فالرضا بهذا لا يدل على الرضا بغيره .

وأما إذا أذن له فى شراء الطعام ، فإن ذلك من باب الاستخدام ، لا من باب الإذن .

١٨٤ ــ **مسألة** : المولى إذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت ، يصير مأذونا له فى التجارة ، خلافا له .

والوجه فيه - أن السكوت فى هذه الحالة يدل على الإذن والرضا بالتصرف ، فوجب أن تجرى عليه أحكام صريح الإذن ، قياسا على الإشارات المعهودة من الأخرس .

٢/١٦٣ وإنما قلنا ذلك - لأنا لو لم نجعل السكوت إذنا ، لصار المولى / تاركا للواجب ، لأن اشتغال العبد بالتصرف من غير إذن المولى حرام ، لما فيه من صرف منافع المولى إلى غير مصرفه ، فوجب على المولى منعه ونهيه ، لأن النهى عن المنكر[1] واجب عند الإمكان ،

---

(١) فى الأصل كذا « المكر » . وسيأتى بعد قليل : « المنكر » .

فدل ترك النهى على أن تصرف العبد ليس بحرام ، ولا يكون ذلك إلا برضاه ، فكان السكوت دليل الرضا ، فوجب أن تجرى عليه أحكام صريح الإذن ، لأن الناس يظنونه مأذونا فى التجارة ، بناء على هذه الدلالة ، فيبايعونه ويعاملونه ، فلو لم تجر[١] عليه أحكام الإذن ، يؤدى إلى إتواء[٢] حقوقهم ، وذلك حرام .

فإن قيل : قولكم بأن اشتغال العبد بالتصرف من غير إذن المولى حرام ، فوجب على المولى منعه – قلنا : هذه الحرمة تثبت حكما للشرع أم حقا للعبد ؟ ع م – ولكن لم يجب على المولى المنع عن تصرف حرم لحقه ، وهذا يؤذى[٣] بوجوب استيفاء حقه ، وليس كذلك .

ولئن سلمنا أنه حرام ، ولكن تزول هذه الحرمة بعفو المولى ، فلا يجب عليه المنع لا محالة .

ولئن سلمنا أن نهى المنكر واجب ، ولكنه واجب على الكفاية ، فلا يأثم بتركه أو هو واجب موسعا ، فلا يأثم بتركه فى الحال ؟ .

ولئن سلمنا أنه واجب عينا ، ولكن لم قلتم بأن السكوت دليل الرضا ، بل يحتمل الرضا والسخط ، والظاهر هو السخط ، وإن سكت ؟

ولئن سلمنا أنه دليل الرضا ، لكن لم قلتم بأنه يجرى عليه أحكام صريح الإذن ؟ .

---

(١) فى الأصل : « يحرى » .

(٢) فى الأصل : « انوا » وفى المعجم الوسيط : تَوِى المال تَوًى ذهب فلم يُرْجَ . ويتكلم فقهاء الحنفية على التوى فى الحوالة فيقولون : التوى لغة هو التلف والهلاك وفى الشرع عند أبى حنيفة يكون بأحد أمرين : ١ ــ أن يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف ولا بينة عليه للمحال ولا للمحيل . و ٢ ــ أن يموت مفلسا بأن لم يترك مالا يفى بالمحال به لا عينا ولا دينا ولا كفيلا عنه بدين المحال . وعند الصاحبين بهما وبثالث وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه ، (أى حال حياته – انظر بحثنا : الحوالة فى المذهب الحنفى ، حولية كلية الشريعة بجامعة قطر ، العدد الرابع ، ١٤٠٥ – ١٩٨٥ ، ص ٥٠١ .

(٣) هذه الكلمة غير ظاهرة فى الأصل ، وفى المعجم الوسيط : أذى [illegible]

قوله : لو لم يجر يؤدى إلى الضرر بالناس - قلنا : يكفيكم هذا القدر فى التعليل ، فكان مستدركا .

ثم نقول : لا نسلم بأنه يؤدى إلى الضرر بالناس ، لأن الظاهر أنهم لا يعاملونه بهذا القدر ، بل يراجعون إلى المولى فيستخبرونه .

١/١٦٤ ولئن سلمنا أن فى أحكام الإذن دفع الضرر عن الناس - ولكن فى الإذن / ضرر بالمولى فوقع التعارض .

والدليل على صحة ما ذكرنا - الأحكام :

منها - إذا رأى عبده يتزوج فسكت ، لا يصير مأذونا فى التزويج .

ومنها - إذا رأى إنسانا يبيع ماله ، فسكت - لا يصير مأذونا .

ومنها - المرتهن إذا رأى الراهن يبيع المرهون والمستأجر ، إذا رأى الآجر يبيع المستأجر ، فسكت - لا يكون إذنا .

دل عليه : أنه لا يصير مأذونا فى التصرف الذى باشره ، حتى لا ينفذ بالإجماع ، ففى غيره أولى .

الجواب :

قوله : تصرف العبد حرام حقا للشرع أو حقا للمولى ؟ - قلنا : لا حاجة إلى التقسيم ، بل إذا ثبت كونه حراما ، يجب على المولى المنع ، لقوله تعالى : ﴿ قوا أنفسكم وأهليكم نارا ﴾[١] وقوله عليه السلام : « من رأى منكرا فليغيره بيده - الحديث » .

قوله : تزول هذه الحرمة بعفو المولى - قلنا : أثر العفو فى رفع الإثم بعد وجود القبيح ، والواجب هو المنع عن القبيح حتى لا يوجد .

﴿ يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا وقودها الناس والحجارة

قوله : هو واجب على الكفاية – قلنا : لا نسلم ، بل واجب على التعيين ، لأن المولى وقف عليه وقدر على منعه ، فيتعين لذلك .

قوله : واجب موسع – قلنا : لا ، بل مضيق ، لأن الخير لا يؤخر .

قوله : بأن السكوت دليل السخط – قلنا : الواجب عليه المنع ، لما مر . فإن عجز يكتفى بإظهار السخط ، وهو لم يعجز .

قوله : لم يجرى عليه حكم[١] صريح الإذن ؟ قلنا : كى لا يؤدى إلى الضرر بالناس . وما ذكر من الاستدراك فمدفوع ، لأن السكوت إذا لم يكن دليلا على الإذن والرضا ، فالناس لا يعاملونه . ولو فعلوا كان الضرر حاصلا باختيارهم ، فلا يجب دفعه . ولو كان السكوت إذنا ، لا يكفى لإثبات حكم المسألة ، لأنه دون صريح الإذن ، فيكون دليلا قاصرا ، فلا ينى عليه الحكم .

قوله : لا يعاملونه ، بل يراجعون إلى المولى – قلنا : لا نسلم ، بل يعاملونه / وليس كل أحد يمكنه المراجعة إلى المولى فى الاستخبار . ٢/١٦٤

وأما المعارضة – قلنا : دفع الضرر عن الناس أولى لوجهين : أحدهما – أن ضرر المولى مقابل بعوض وهو ملك المبيع . والثانى – أنه خاص وضررهم عام ، فكان أولى بالدفع .

وأما إذا رآه يتزوج : [فـ] فيه اختلاف[٢] المشايخ ، فيمنع .

وأما إذا رأى غيره يبيع ماله – فلأن فى نفاذه ضرر بالمالك قطعا ، لزوال ملكه .

وأما المرتهن والمستأجر – قلنا : لا يجب عليهما النهى ، لعدم المنكر ، لأن العين فى أيديهما .

وأما التصرف المباشر – فهو على هذا الخلاف .

---

(١) فى المتن : « أحكام » وصحح فى الهامش إلى « حكم » .

(٢) فى الأصل كذا : « اخلاف » .

١٨٥ ــ **مسألة** : الصبى العاقل المأذون له فى التجارة إذا باع أو اشترى أو آجر أو استأجر ينفذ تصرفه . وعنده لا ينفذ تصرفه . ولو تصرف قبل إذن المولى ينعقد عندنا ، ولا ينعقد عنده .

والوجه فيه - أن هذا تصرف تمليك ، فى محل قابل للتمليك ، فوجب أن يثبت الملك ، قياسا على البالغ .

وإنما قلنا ذلك - لأنه قصد إيقاعه تمليكا والشرع جعله بسبيل من ذلك ، فيقع تمليكا .

والدليل على القصد - الصيغة الموضوعة له .

والدليل على إذن الشرع - احتياجه لهذا المعنى ، [فـ] ثبت فى حق البالغ .

فإن قيل : ما ذكرتم إن دل على جواز تصرف الصبى ، ولكن هنا دليل يأبى ذلك . وذلك : [أولا] - أن الشرع أسقط اعتبار عقل الصبى فى حق التصرفات الضارة والدائرة بين الضرر والنفع ، كالطلاق والعتاق والإقرار بالدين والهبة ، نظرا له ، والبيع تصرف دائر بين الضرر والنفع ، لما فيه من زوال المبيع وملك الثمن ، فلا يجعل للصبى إهلاكه . والثانى - أنا لو نفذنا تصرف الصبى امتنع تنفيذ تصرف الولى فى هذا المحل ، ومصلحة تصرف الولى أعظم ، ففواتها يكون ضررا - دل عليه أنه مولى عليه قبل الإذن وبعده ، وذلك دليل العجز .

١/١٦٥ ولو تصرف / قبل الإذن - ثم بلغ فأجاز ، لا ينفذ ، ولو كان بسبيل منه نفذ ، كالعبد إذا أعتق .

الجواب :

قوله : الشرع أسقط اعتبار تصرفات الصبى - قلنا : لا نسلم .

أما الطلاق - فالصبى لا يقف على تمام مصالحه ، لأن بعض مصالح النكاح والطلاق يتعلق بقضاء الشهوة ، والصبى لا يقف على ذلك ، ولأنه يشتمل على ضرر ظاهر . ولهذا لو باشر الولى فى حقه ، لا ينفذ ، بخلاف البيع .

وهو الجواب عن العتاق والإقرار بالدين والهبة .

قوله : بأن المصلحة المتعلقة بتصرف الولى أعظم - قلنا : لا نسلم ، بل لا تفاوت بينهما ، لأن الكلام فى الصبى العاقل ، على أن الولى إن كان أكمل منه عقلا ، فالصبى أوفر شفقة .

قوله : إنه مولى عليه قبل الإذن وبعده - قلنا : بلى ، ولكن ولاية الولى كما يجوز أن تبقى لعجز المولى عليه ، يجوز أن تبقى لمعنى وهو تتميم النظر .

وأما إذا باشر التصرف قبل البلوغ وأجاز بعد البلوغ - فالصحيح أنه ينفذ ، بخلاف العبد . والفرق أن تصرف العبد انعقد على وجه ينفذ على المولى بإجازته ، وتصرف الصبى انعقد على وجه ينفذ عليه بإجازة الولى ، فافترقا من هذا الوجه .

والله أعلم .

١٨٦ ــ **مسألة** : رقبة العبد المأذون تباع بدين التجارة . وعنده : لا تباع .

وعلى هذا الخلاف : أرش يد العبد ، وما اكتسبه العبد من الصيد والحطب والحشيش - عندنا : يصرف إلى الدين . وعنده : لا يصرف .

والوجه فيه - أن القول بتعليق الدين برقبة العبد استيفاء دفع لأعلى الضررين بتحمل أدناهما ، فوجب المصير إليه ، قياسا على دين الاستهلاك .

وإنما قلنا ذلك - لأن فى تعليق الدين برقبة العبد إن كان نوع ضرر بالمالك بإزالة ملكه / عن الرقبة ، لكن فى المنع عن التعليق ضرر بالبائع ، بالامتناع عن إبقاء[١] حقه فى الثمن ، وضرر المالك دون ضرر البائع ، لأن ضرر المالك يقابله نفع ، وهو ملك المبيع ، لأن المبيع يدخل فى ملكه ، وضرر البائع لم يقابله هذا النوع من النفع ، فكان أعلاهما ، وكان أولى بالدفع ، كما قلنا فى دين الاستهلاك ، بل أولى لأن ثمة : ضرر المالك لم يقابله هذا النوع من النفع ، فكان مثل ضرر المتلف عليه ، فههنا أولى . ٢/١٦٥

---

(١) فى الأصل كذا : « ابقا » .

فإن قيل : قولكم بأن ضرر المالك دون ضرر البائع - قلنا : لا نسلم ، بل ضرر البائع دون ضرر المالك - بيانه من وجهين : أحدهما - أن البائع متى أقدم على المبايعة مع العبد مع علمه بعجزه ، فقد رضى به ، والضرر المرضى به أخف . والثانى - أن ضرر البائع ضرر تأخير حقه ، لأنه يصل إلى حقه فى الثانى بكسب العبد ، وضرر المالك ضرر فوات حقه عن رقبة العبد ، وضرر التأخير دون ضرر الإبطال .

ولئن سلمنا أن هذا الضرر ليس دون ذلك الضرر ، لكن لم قلتم بأن ضرر البائع فوق ضرر المالك ؟

قوله : بأن ضرر المالك **قَابَلَه** نفع ، وهو ملك المبيع - قلنا : لا نسلم بأن المبيع يدخل فى ملكه ، وإنما يدخل المبيع فى ملكه إذا لم يكن على العبد دين ، وهذا عليه دين ، فلا يدخل فى ملكه .

والدليل على صحة ما ذكرنا - الأحكام :

منها - أنه لا يتعلق دين التجارة ، قبل الإذن ، برقبته ، وإن صدقه المولى .

وكذا بعد الإذن ، ما دام الكسب قائما .

وكذا لو فضل الدين عن الكسب ، لا يتعلق الفاضل برقبة العبد .

الجواب :

قوله : بأن ضرر البائع دون ضرر المالك - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأنه رضى به - قلنا : لا نسلم ، وكيف يجوز أن يدعى هذا وإنه باشر البيع ورضى / بزوال ملكه عن المبيع الذى تعلقت به مصلحة بقائه لمساس حاجته إلى الوصول إلى الثمن - فهذا يدل على أنه لا يرضى بزوال ملكه عن المبيع إلا بثمن يوف من كل محل يمكن إيفاؤه منه ، ورقبة العبد يمكن إيفاء دينه منه ، فيتعلق به . ١/١٦٦

قوله : ضرر البائع ضرر التأخير - قلنا : ضرر التأخير دون ضرر الإبطال إذا لم يكن مقابلا بعوض . أما ضرر التأخير ، إذا لم يقابله عوض ، [فـ] فوق ضرر الإبطال إذا

قابله عوض ، وهنا قابله نفع ، وهو ملك المبيع .

قوله : المولى إنما يملك المبيع إذا لم يكن على العبد دين - قلنا : إنما لا يملك إذا كان عليه دين مستغرق للكسب والرقبة جميعا ، فنفرض الكلام فيما إذا لم يكن مستغرقا .

وأما دين التجارة قبل الإذن - قلنا : شراء العبد قبل الإذن لا ينفذ فى حق المولى ، ولا يوجب ملك المبيع له ، فلا يوجب حقه فى الضرر .

وأما حال قيام الكسب - إنما لا يتعلق بالرقبة ، لأنه أمكن دفع ضرر البائع بدون ضرر المولى .

وأما إذا فضل الدين - قلنا : الفضل لا يظهر فى الحال ، لأن هذا القدر من الكسب يصلح لقضاء كل قدر من الدين على البدل .

والله أعلم .

[٣٢]

كتاب الجنايات

١٨٧ ــ **مسألة** : موجب العمد هو القصاص عينا . وليس للولى أخذ الدية بغير رضا القاتل . وله فيه قولان : فى قول : الواجب أحدهما لا بعينه وللولى خيار التعيين . وفى قول : الواجب هو القصاص عينا ، لكن للولى ، حق إسقاط القصاص وأخذ الدية بغير رضا القاتل(١) .

وثمرة اختلاف قوليه تظهر فى عفو الولى وموت القاتل : فعلى قول التخيير : يأخذ المال فى الموت لا فى العفو . وعلى قول التعيين : يأخذ المال فى العفو لا فى الموت .

٢/١٦٦

والوجه فيه – أن موجب القتل العمد شرع لإعدام الضرر الواقع بالقتل العمد ، والقصاص أبلغ فى إعدام هذا الضرر ، فتعين موجبا .

وإنما قلنا ذلك – لأن أخذ المال أو القصاص ضرر ، والضرر لا يشرع إلا لدفع الضرر .

وإنما قلنا : إن القصاص أبلغ فى إعدام الضرر – لأن الضرر الواقع بالقتل ضرر توجه الهلاك إلى الورثة ، لأن من قتل الإنسان يقصد قتل أوليائه ، لأنهم يقصدون قتله ، طلبا للتشفى ، فيقصد هو قتلهم ، دفعا للهلاك عن نفسه ، فيتوجه سبب الهلاك نحو الأولياء ، فيجب دفع هذا الضرر عنهم ، والقصاص أبلغ فى إعدام هذا الضرر ، لأنه متى قتل القاتل انقطع احتمال حصول القتل من جهته ، وبالمال لا ينقطع ، فكان أولى ، فيتعين .

---

(١) قال السمرقندى فى التحفة ، ٣ : ١٤٢ – ١٤٣ : « أما الجناية فى النفس الموجبة للقصاص فنوع واحد وهو القتل العمد الخالى عن الشبهة – وهذا عندنا . وقال الشافعى : فى قول يجب به أحدهما : إما القتل أو الدية والخيار إلى الولى . وفى قول : الواجب هو القصاص عينا لكن للولى حق العدول إلى المال من غير رضا القاتل » .

فإن قيل : هذا تعليل فى معرض النص ، فيكون باطلا . والنص ما روى عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال فى حديث : « ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين : إما أن يقتل وإما أن يفدى » – أخرجه البخارى ومسلم فى صحيحيهما .

ثم نقول : قولكم بأن القصاص أبلغ فى إعدام الضرر – قلنا : إعدام هذا الضرر واجب حقا لولى القتيل أم حقا عليه ؟ م ع – بيانه : وهو أن القصاص وجب حقا له ، فيكون بسبيل من استيفائه وتركه ، وبسبيل من دفع هذا الضرر من كل وجه أو من وجه .

ولئن سلمنا أنه أبلغ فى إعدام الضرر ، ولكنه أبلغ فى كونه ضررا ، فوقع التعارض .

ولئن سلمنا أنه أبلغ ، ولكن لم قلتم بأن الضرر هنا ضرر توجه القتل نحو الأولياء ؟ .

قوله : لأن كلا يهم بقتل صاحبه – قلنا : الظاهر أنهم ينقادون للشرع ، وإن لم ينقادوا ، فالسلطان يدفعهم .

٦٧ والدليل على أن القاتل لا يقصد قتل الأولياء أن / الكلام فيما إذا عفوا عن القتل ، فلم يتوجه القتل نحوهم ؟

ولئن سلمنا أن سبب الهلاك يندفع بالقصاص ولكن فى المال حياة المقتول معنًى ، لأنه ينفذ منه وصاياه ويقضى منه ديونه .

ثم التعليل معارض بالكتاب والسنّة والمعقول والحكم :

أما الكتاب – [فـ] قوله تعالى : ﴿ فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه ﴾[1] أثبت المصير إلى الدية عند العفو مطلقا .

وأما السنّة – فما روينا .

---

(١) البقرة : ١٧٨ – ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم ﴾ .

وأما المعقول – وهو أن فى بذل المال الصيانة عن الهلاك ، فوجب أن يكون كل بسبيل منه .

وأما الحكم – [فـ] أجمعنا على أن من قطع يد إنسان ويد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع ، كان له حق اختيار الدية من غير رضا القاطع .

الجواب :

أما الحديث : قالوا معناه – والله أعلم – إن شاءوا أخذوا الدية برضا القاتل ، إلا أنه لم يذكر الرضا صريحا ، لثبوته عادة .

قوله : دفع الضرر واجب حقا لولى القتيل أم عليه ؟ قلنا : حقا عليه ، لأن دفع الضرر عن الغير كما هو واجب ، فدفع الضرر عن نفسه ، لا سيما ضرر الهلاك ، واجب ، ولا يباح له تحمله .

قوله : بأن القصاص إن كان أبلغ فى إعدام الضرر ، لكنه أبلغ فى كونه ضررا – قلنا : بلى ، ولكن ضرر القصاص لا يبالى به ، لوجهين : أحدهما – أنه مشروع بالإجماع . والثانى – أن من عليه القصاص جان وظالم ، فلا يبالى بالإضرار به .

قوله : الظاهر من حال القاتل أن لا يقصد قتل الأولياء – قلنا يقصد قتلهم ، لأنه تعين مدفعا للهلاك عنه ، وليس له ظاهر حال .

وأما دفع السلطان – فالظاهر أن أمثال هؤلاء لا يبالون بخوف السلطان ، بل يسعون فى دفع القتل عن أنفسهم فى الحال .

٢/١٦٧ قوله : الكلام فيما إذا عفوا عن القتل ، / فلا يتوجه الهلاك نحوهم – قلنا : عفوهم إن كان يدل على انعدام القتل ، لكن امتناع القاتل من بذل المال وبذله لنفسه دليل على أنه عرف من حال الولى أنه يأخذ ماله ويقتله .

قوله : فى المال حياة المقتول معنىً – قلنا : هذا أمر محتمل : وقد يكون للمقتول دين

[يوفى][١] وقد لا يكون ، ودفع الهلاك عن الورثة بأبلغ الوجوه أهم ، فيتعين القصاص .

وأما الآية – قالوا ، والله أعلم – المراد منها القصاص بين شريكين عفا أحدهما – وبه نقول .

وأما الحديث – فالجواب عنه ما ذكرنا .

وأما المعقول – قلنا : أثر هذا فى أن يجب البدل على القاتل ، لا فى حل الأخذ بدون رضاه .

وأما ما ذكر من الحكم – قلنا : يتعين القصاص به موجبا ، لكن ثبت حق العدول إلى المال ، لأن الأصل فى اليد هو السلامة ، فكان سلامة اليد مستحقة ، ويظهر هذا الاستحقاق فى حق العدول إلى المال ، فإذا عجز عن استيفاء اليد سالمة يتخير – أما ههنا بخلافه[٢] .

والله أعلم .

١٨٨ ــ **مسألة** : شريك الأب لا يجب عليه القصاص . وعنده : يجب . وأما شريك الخاطىء وشريك السبع[٣] وشريك الصبى والمجنون وشريك نفسه – عندنا : لا يجب . وهو الظاهر من مذهب الشافعى . وبعضهم يمنعون .

والوجه فيه – أن الموجود من الشريك ليس بقتل ، فلا يجب عليه القصاص ، كشريك الخاطىء .

---

(١) هذه فى الأصل كلمة غير مقروءة فهى هكذا : « بوحه » – راجع المسألة فيما تقدم (ص ٤٦٧) .

(٢) راجع : السمرقندى ، التحفة ، ٣ : ١٤٣ .

(٣) كذا فى الأصل – انظر : التحفة ، ٣ : ١٤٢ وما بعدها .

وإنما قلنا ذلك - لأن المقتول واحد ، والمقتول الواحد لا ينفعل فيه إلا قتل واحد ، لأن القتل اسم لمعنى يحل المحل ، فيوجب كونه مقتولا ، كسائر الحوادث .

دل عليه - أن المحل يوصف بكونه مقتولا ، فلابد أن تكون هذه الصفة راجعة إلى معنى يحل المحل ، لأ [ن] موجب العلة يختص بمحل العلة ، فثبت أن القتل معنى فى المحل يوجب كونه مقتولا ، / وكونه مقتولا لا يتعدد ، فالمعنى الموجب كذلك لا يتعدد أيضا ، فثبت أن القتل واحد ، والقتل الواحد إذا جعل فعلا لهذا ، لا يمكن جعله[١] فعلا للآخر ، لأن الفعل الواحد لا يكون فعلا لفاعلين فى حالة واحدة بجهة واحدة ، فلا يكون فعل الشريك وحده قتلا ، فلا يجب عليه القصاص ، لقوله عليه السلام : **« لا يحل دم امرىء مسلم (الحديث)**[٢] .

١/١٦٨

فإن قيل : قولكم بأن المقتول واحد ، فلا ينفعل فيه إلا قتل واحد - قلنا : على سبيل المقارنة أم على سبيل التعاقب ؟ ع م - ونحن نسلم أن الشخص إذا صار مقتولا مرة ، لا يصير مقتولا ثانيا . ولكن الكلام فى أنه هل يتصور أن يصير مقتولا دفعة واحدة من جهة شخصين ، فيكون كل واحد منهما قاتلا على سبيل الكمال ، وهذا لأن القتل فعل أجرى الله العادة بفوات الحياة عقيبه ، فجاز أن يوجد من كل واحد منهما ذلك .

قوله : بأن القتل معنى يحل المحل - قلنا : لا نسلم ، بل القتل فعل القاتل لا صفة المقتول .

والدليل على أن فعل كل واحد منهما قتل ، أنا أجمعنا على أنه لو حلف لا يقتل فلانا ، فقتله مع غيره يحنث فى يمينه .

والدليل عليه فعل الأجنبيين : فإن فعل أحد الأجنبيين ألحق بالقتل ، سدا لباب الظلم والعدوان[٣] - كذا هذا .

---

(١) كانت العبارة فى المتن : « .. لهذا لا يكون فعلا للآخر » ثم صححت فى الهامش بقوله : « لا يمكن جعله ... » .

(٢) إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزانى والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة - انظر بلوغ المرام ، رقم ٩٩٠ و ٩٩١ ص ١٧٩ .

(٣) فى الأصل كذا : « العدول » - انظر ما يلى ص ٤٧٥ و ٤٨١ .

الجواب :

قوله : لا ينفعل فى المحل إلا قتل واحد على المقارنة أم على التعاقب ؟ قلنا : على المقارنة والتعاقب جميعا ، لما ذكرنا : أن القتل صفة فى المحل ، وهى صفة الجملة لا الأبعاض ، حتى لا يلزمنا الضرب والكسر : فكون الشخص مقتولا لا يتعدد . فكذا موجبه لا يتعدد ، لا على المقارنة ، ولا على التعاقب .

قوله : بأن القتل اسم لفعل القاتل - قلنا : لا نسلم ، فإن القتل مما يوجب صفة / المحل ، وهو كونه مقتولا ، وفعل القاتل قائم به ، فكيف يوجب صفة فى المحل ؟ إلا أن فعل القاتل تحصيل لذلك المعنى ، كالتحريك تحصيل الحركة التى تحل المحل - كذا هنا . ١٦٨/

وأما إذا حلف لا يقتل ، فقتل مع غيره - قلنا : هو غير قاتل حقيقة ، إلا أنه قاتل عرفا ، والمعتبر فى باب الأيمان هو العرف .

وأما فعل الأجنبيين - قلنا : خص عن قضية النص لمعنى - ذلك المعنى لم يوجد هنا . بيانه - أن القتل بصفة الاجتماع من الأجانب يكثر وجوده - أما مثل هذا القتل [فـ] لا يكثر وجوده .

والله أعلم .

١٨٩ ــ **مسألة** : الواحد يقتل بالجماعة قصاصا اكتفاء . وعنده : لا يقتل اكتفاء ، غير أنه إن قتلهم على التعاقب يقتل بالأول اكتفاء وتجب الديات للباقين . وإن قتلهم على المقارنة : له فيه قولان - فى قول : يقتل بالواحد غير عين ، ويجب ديات الباقين مشتركة بينهم . وفى قول : يقرع ، فيقتل من خرجت قرعته ، وتجب الديات للباقين .

والوجه فى ذلك - أن قتل الواحد بالجماعة فى معنى قتل الواحد بالواحد ، فوجب الاكتفاء به .

وإنما قلنا ذلك، لأن قتل الواحد بالواحد شرع لمعنى الزجر ولمعنى الجبر :

أما معنى الزجر - فهو أن يعلم أنه إذا قتل يقتل، للزجر عن القتل - وهذا المعنى موجود فى الصورتين .

وأما معنى الجبر - فلأنه إذا قتل القاتل يندفع توجه الهلاك نحو الورثة ، وهذا المعنى أيضا موجود فى الصورتين ، فوجب أن لا يجب المال ، لأنه لو وجب لا يخلو : إما أن يجب لمصلحة شرع القتل لها ، أو لمصلحة أخرى : لا وجه للأول - لأن تلك المصلحة صارت مستوفاة بالقتل . ولا وجه للثانى - لأن الشرع لم يجمع بين / مصلحة أخرى وبين المصلحة المستوفاة بالقتل ، بدليل أنه لم يجمع بينهما فى قتل الواحد بالواحد والجماعة بالواحد .

١٦٩/١

فإن قيل : قولكم بأن معنى الزجر أن يعلم أنه إذا قتل يقتل ، وهو موجود فى الصورتين - قلنا : لا نسلم بأنه موجود فى صورة النزاع ، وهذا لأن الإنسان ما لم يقتل أحدا إذا تأمل أنه يقتل الواحد أو الجماعة ، يقتل ، يمتنع عن قتل الكل . أما إذا قتل الواحد واستحق قتله مرة لا يمتنع عن قتل غيره خوفا من استحقاق القتل لوقوع المحذور .

ولئن سلمنا أن القتل زاجر عن قتل الجماعة ، لكن يتصور الزيادة عليه فى الزجر ، بضم المال إليه ، فوجب ضم المال تحقيقا بأبلغ الوجوه .

ولئن سلمنا أنه لا يجب لمعنى الزجر ، لم لا يجب المال لتحصيل معنى الجبر ؟ .

قوله(١) : لأنه لو وجب : إما أن يجب لمصلحة شرع القتل لها ، أو لمصلحة أخرى - قلنا : لم لا يجب لمصلحة أخرى ؟ .

قوله : لأن الشرع لم يجمع بين مصلحة القتل ومصلحة أخرى - قلنا : لا نسلم .

وأما فصل : الواحد بالواحد والجماعة بالواحد - قلنا : ثمة وقع الاكتفاء بالقصاص

---

(١) فى الأصل : « قوله قوله » .

على خلاف قضية الدليل ، لأن الدليل يقتضى شرع القصاص لمعنى الزجر ، وشرع المال لمعنى الجبر بإعادة الحياة معنىً بواسطة المال ، إلا أنا عدلنا عن قضية هذا الدليل **عملاً بالنصوص المقتضية للمماثلة ، أما ههنا [فـ] لا مماثلة من**[١] **قتل الواحد وقتل** الجماعة ، فلا يدخل تحت النصوص ، فيجب ضم المال إليه بقضية الدليل - دل عليه قطع يمينى رجلين فإنه لا يكتفى بالقطع .

الجواب :

قوله : الإنسان ما لم يقتل ، فإذا تأمل أنه بالقتل يقتل ، ينزجر . أما إذا قتل واستحق قتله ، لا ينزجر - قلنا : هذا خلاف العادة ، فإن العادة المستمرة أن من توجه نحوه الهلاك ، بسبب يتكلف لدفع ذلك عن نفسه ، لا أن يباشر / أمثال ذلك ، وهذا لأن قتله ، وإن استحق ، ولكن القتل ليس بمتيقن بل رجاء العفو ثابت ، ولا كذلك إذا كثرت الأسباب . ٢/١٦٩

قوله : يتصور الزيادة عليه فى الزجر بضم المال - قلنا : الزجر الحاصل بالقتل يبلغ مبلغا لا يظهر الزجر الحاصل بالمال فى مقابلته ، لأنه إن كان يمتنع بشرع القتل ، فلا حاجة إلى شرع المال . وإن كان لا يمتنع بشرع القتل ، فضم المال إليه لا يمتنع أيضا .

قوله : لم لا يجب المال لتحصيل الجبر ؟ - قلنا : لأن الشرع لم يجمع بينهما فى قتل الواحد بالواحد .

قوله : ثم وقع على خلاف قضية الدليل - قلنا : لا نسلم بأن الأصل أن يكون الحكم على وفاق الدليل والفقه فيه ، وهو أنه لا يمكن دفع الضرر الحاصل بالقتل العمد العدوان من كل وجه ، لأن إعادة حياته غير ممكن والمنافع المتعلقة بالحياة ليس لها حد مضبوط ، والمنفعة المقدرة بالدية منفعة مقدرة معينة لا يهتدى إليهـ [ـا] بالرأى والقياس ، فالنافى للدية هذا الوجه .

---

(١) كذا فى الأصل : « من » .

وأما فصل الأطراف – قلنا : حكم الأطراف خلاف حكم النفوس[١] ، لأن الأطراف يسلك فيها بمسلك الأموال ، لكونها وقاية للنفس ، ولأنها تتجزأ ، وقتل النفس لا يتجزأ ، فافترقا .

وهذا أس مسألة الأيدى : لا تقطع بيد واحدة قصاصا .

والوجه فيه – أن الموجود من كل واحد منهم قطع بعض اليد ، فلا يستحق على كل واحد منهم قطع كل اليد .

وإنما قلنا ذلك – لأن اليد فى حق القطع متجزئة ، لأن لها نصفا وربعا وثلثا وغير ذلك ، وقد وجد منهم قطع كل اليد ، فكان الحاصل بفعل كل واحد منهم قطع بعض اليد ضرورة ، وإذا كان كذلك لا يجب على كل واحد منهم قطع كل اليد ، لأن قطع كل اليد يزيد على قطع بعض / اليد فى الجناية ، فلا يكون بينهما مماثلة ، فلا يشرع عملا بالنصوص[٢] المقتضية للمماثلة .

١/١٧٠

فإن قيل : لا نسلم بأن اليد متجزئة فى حق هذا القطع .

ولئن سلمنا أنها متجزئة ، ولكن لم قلتم بأنه لم يوجد من كل واحد منها قطع كل اليد . وهذا لأن الكلام فيما إذا وجد من كل واحد منهما فعل صالح لإبانة[٣] كل اليد ، لأن الكلام فيما إذا أخذا سكينا واحدا وأمرا معا .

والدليل على أن كل واحد منهما قاطع كل اليد أنا أجمعنا أن المحرمين إذا قطعا طرف صيد الحرم ، يجب على كل واحد منهما جزاء كامل ، لوجود كل القطع من كل واحد منهما – كذا هذا .

ولئن سلمنا أن الموجود من كل واحد منهما قطع بعض اليد ، لكن لم لا يستحق على كل واحد منهما قطع كل اليد .

---

(١) هنا نقطة هكذا : « • » .

(٢) هنا نقطة هكذا « • » .

(٣) أبان الشئ – فصله وأبعده – المعجم الوسيط .

قوله : المماثلة شرط – قلنا : ولم قلتم بأنه لا مماثلة بين الأطراف والطرف الواحد فيما يرجع إلى القصاص – بيانه أن بين الأنفس والنفس الواحدة مماثلة فى حق القصاص ، فيكون بين الأيدى واليد الواحدة مماثلة فى حق القصاص ، لأن التساوى فى الأصل يقتضى التساوى فى الفرع .

ولئن سلمنا أنه لا مماثلة بينهما ، ولكن لو شرطنا المماثلة يؤدى إلى فتح باب الظلم والعدوان ، فلا يشرط ، كما فى النفوس .

ولئن سلمنا أن المماثلة معينة ، ولكن عندنا لا جرم يجب على كل واحد منهما قطع نصف اليد ، إلا أنه لا يمكن ، فيكمل ، كما فى سرقة العبد .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن اليد متجزئة فى حق هذا القطع – قلنا : لأن المعنى به أنها بالقطع تنقطع جزءا فجزءاً .

قوله : لم قلتم بأنه لم يوجد من كل واحد منهما قطع كل اليد ؟ – قلنا : لأن إضافة كل الفعل إلى كل واحد منهما والحالة هذه / غير ممكن . ٢/١٧٠

وأما المحرمان إذا قطعا طرف صيد الحرم – قلنا : كل واحد منهما قطع بعض اليد أيضا ، إلا أنه يجب على كل واحد منهما جزاءً كاملا ، لأن الجزاء موجب الجناية على الإحرام ، وكل واحد منهما جان على الإحرام .

قوله : لم يجب على كل واحد منهما قطع كل اليد – قلنا : لأن المماثلة شرط .

قوله : لم قلتم بأنه لا مماثلة بين الأطراف والطرف الواحد – قلنا : لأن قطع كل الطرف فى الإضرار فوق قطع بعض الطرف .

قوله : بأن بين النفس والأنفس مماثلة – قلنا : لأن المقصود من القصاص فى الأطراف غير المقصود من القصاص فى الأنفس ، على أنا نقول : إزهاق الروح لا يتجزأ ، أما قطع اليد [فـ] يتجزأ ، فافترقا .

قوله : شرط المماثلة يؤدى إلى فتح باب الظلم والعدوان – قلنا : لا يؤدى ، لأن القطع بصفة الاجتماع يندر وجوده ، بخلاف القتل بصفة الاجتماع ، فإنه يكثر وجوده .

قوله : عندنا يجب على كل واحد منهما قطع نصف اليد إلا أنه لا يمكن فيكمل – قلنا : يلزم من هذا أن يكون البعض تبعا للبعض فى حق سقوط العصمة ، وإنه لا يجوز ، بخلاف العبد إذا سرق فإنه تقطع يده لقوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما .. الآية ﴾[١] .

١٩٠ ــ **مسألة** : إذا ضرب إنسانا بالسوط الصغير ووالى فى الضربات ، حتى مات ، لا يجب عليه القصاص[٢] .

والوجه فيه – أن هذا قتل تمكن الخلل فى عمديته ، فلا يكون سببا للقصاص ، قياسا على ما إذا جرحه خطأ ثم عمدا .

وإنما قلنا ذلك – لأن احتمال حصول القتل بالضربة الأولى والثانية قائم ، لأن من الجائز أنه أصاب المقتل فى الضربة الأولى والثانية ، فأفضى إلى فوات الحياة . وعلى / هذا التقدير كان القتل لا بصفة العمدية ، لأن الضربة والضربتين لا يدلان على القصد ، إذ لا يقصد بهما القتل ، بل التأديب وغيره . ومن الجائز أن القتل حصل بالموالاة[٣] .

١/١٧١

---

(١) المائدة : ٣٨ – ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم ﴾ .

(٢) قال فى التحفة ، ٣ : ١٤٨ – ١٤٩ : « وأما الثانى (أى القتل شبه العمد) فهو القتل بآلة لم توضع له ، ولم يحصل به الموت غالبا ، مثل السوط الصغير والعصا الصغيرة ، فإنه يوجب المال دون القصاص بالإجماع .

فأما القتل بالعصا الكبيرة وبكل آلة يحصل بها الموت غالبا لكنها لا تجرح : فعند أبى حنيفة هو شبه العمد لا يوجب القود . وعندهما يوجب القَوَد – وهو قول الشافعى .

وعلى هذا إذا ضرب بالسوط الصغير ووالى فى الضربات حتى مات : لا يجب القَوَد عند أبى حنيفة . وعندهم يجب . والمسألة معروفة » .

(٣) فى الأصل : « بالمولاة » . وفى المعجم الوسيط : والى بين الأمرين موالاة وولاء تابع .

وعلى هذا التقدير كان القتل بصفة العمدية ، فاحتمل أنه عمد ، واحتمل أنه ليس بعمد ، فتمكن الخلل فى العمدية ، فتمكنت الشبهة ، فلا يجب القصاص ، لقوله عليه السلام : « ادرءوا الحدود بالشبهات »[١] .

فإن قيل : قولكم بأنه تمكن الخلل فى عمدية هذا القتل – قلنا : لم قلتم بأن شرط وجوب القصاص القتل الذى تمحض عمدا ، بل القتل الذى يثبت فيه أصل العمدية يصلح أن يكون سببا للقصاص بدليل النصوص والمعقول :

أما النصوص – [فـ] قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ﴾[٢] وقوله تعالى : ﴿ كتب عليكم القصاص فى القتلى ﴾[٣] إلى غيرها .

وأما المعقول[٤] – وهو أن مبنى القصاص على الحياة بطريق الزجر والجبر ، وإنه موجود هنا .

ولئن سلمنا أن العمد بصفة الكمال شرط ، لكن الشرط اقتران العمدية بما هو قتل غالبا أو بما هو قتل محتملا : الأول – مسلم ، ولكن لم قلتم بأنه لم يوجد . والثانى – ممنوع . بيانه : أن حصول القتل بالضربة والضربتين أمر نادر والموالاة[٥] فى الضرب قتل غالبا ، فيشترط وجود العمدية فى هذه الحالة ، وإنه موجود هنا ، فقد وجد اقتران العمدية بما هو قتل غالبا إن لم يقترن بما هو قتل نادر ، وذلك يكفى لوجوب

---

(١) انظر بلوغ المرام ، رقم ١٠٤٤ ص ١٩١ وفيه روايات أخرى . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١١٤١ ص ١٢٨٧ – ١٢٨٨ .

(٢) الإسراء : ٣٣ – ﴿ ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل إنه كان منصورا ﴾ .

(٣) البقرة : ١٧٨ – ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ... ﴾ .

(٤) فى الأصل كذا : « وأما المعقولى » .

(٥) فى الأصل كذا : « والمولاة » راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٤٧٦ .

القصاص ، بدليل أن من قطع يد إنسان ثم حزز[١] رقبته عمدا ، يجب عليه القصاص .

٢/١٧١ ولئن كان ما ذكرتم موجودا ، ولئن سلمنا أن اقتران / العمدية بالضربات كلها شرط ، لكن لم قلتم بأنه لم يوجد ؟ .

قوله : لأن الضربة والضربتين يستعملان للتأديب لا للقتل - قلنا : نعم ، إذا اقتصر عليهما ، أما[٢] إذا والى فلا ، والكلام فيما إذا أخذ فى الضربات ووالى فيها حتى مات ، فكان قصد القتل موجودا من الأولى ، فيجب القصاص .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن شرط وجوب القصاص القتل الذى تمحض عمدا ؟ - قلنا : لأن القصاص من أعلى العقوبات فى الدنيا ، فلا يستحق إلا بجناية محضة ، ولا تتمحض إلا بوصف العمدية .

وأما ما ذكره [من] النصوص - [فـ] عمومات خص منها القتل الخطأ ، وقتل الصبى والمجنون وغير ذلك ، فيخص المتنازع فيه ، بما ذكرنا .

قوله : مبنى القصاص على الزجر والجبر - قلنا : بلى ، ولكن كل واحد منهما يقف على العمدية .

قوله : الشرط اقتران العمدية بما هو قتل غالبا ، أو بما هو قتل محتمل[٣] - قلنا : بما هو قتل غالبا أو قطعا ولم يوجد ، لأن القتل قطعا أو غالبا إنما يحصل بجملة من الضربات لا بضربة أو ضربتين ، وقد شككنا فى وجود العمدية عند ذلك الجملة ، فلا تثبت العمدية بالشك ، بخلاف ما إذا قطع يده ثم حز[٤] رقبته ، لأن حز الرقبة قتل

---

(١) فى الأصل كذا : « حرز » وحرزه صانه . وحزّه حَزًّا قطعه ولم يفصله وحَزَّزه أكثر فيه الحزّ واحتزه حزه ويقال احتز السياف رأسه قطعه - المعجم الوسيط وسيأتى فيما بعد قوله « حز » .

(٢) فى الأصل : « أم » .

(٣) فى الأصل : « محتملا » .

(٤) راجع فيما تقدم الهامش ١ .

قطعا ، وقد اقترنت به العمدية قطعا من غير احتمال .

وبه خرج الجواب عن بقية السؤال ، لأنه وإن والى فى الضربات ، لا يتبين أنه قصد القتل من الابتداء ، لاحتمال أنه قصد التأديب عند كل عدد ثم حدث له القصد إلى القتل بعد[١] ذلك .

١٩١ ــ **مسألة** : من له القصاص فى الطرف إذا استوفى / الطرف وسرى إلى النفس ومات – يضمن دية النفس . وعندهم : لا يضمن[٢] . ١/١٧٢

والوجه فيه – أنه قتل آدميا معصوما مضمونا بضمان معلوم ، فيجب عليه ضمانه ، قياسا على ما إذا قتله ابتداء خطأ .

وإنما قلنا إنه قتل – وذلك لأن القتل اسم لفعل يلازمه فوات الحياة عادة ، والكلام فى القطع السارى الذى لم يتصل به البرء حتى تزايد[٣] وأفضى إلى زهوق الروح وإنه قتل – بدليل أنه لو وجد هذا الفعل ابتداء ، كان موجبا للقصاص .

وإنما قلنا : إنه معصوم ، لأن سبب العصمة قائم ، ودليلها قائم[٤] ، وهو الدار والإسلام . فلو سقطت العصمة إنما تسقط بجنايته ، وجنايته مقتضية لقطع اليد ، لا القتل ، فيكون معصوما فى حق القتل .

وإنما قلنا إنه مضمون – لأن المعنى من ذلك أن له ضمانا معلوما ، وهو الدية إذا امتنع القصاص .

---

(١) فى الأصل : « بعمد » .

(٢) وكذا فى التحفة ، ٣ : ١٤٧

(٣) فى الأصل الكلمة غير واضحة . وفى الهامش كلمة كأنها « سال » ولم يوضح مكانها فى المتن .

(٤) « ودليلها قائم » وردت فى الهامش . ومعها كلمة ونصف غير ظاهرة . ولعل هذه العبارة بعد كلمة « والإسلام » .

فإن قيل : قولكم[١] بأنه قتل آدميا - قلنا : لا نسلم بأنه قتل .

قوله : بأن القتل اسم لفعل يلازمه فوات الحياة عادة - قلنا : لا نسلم أن فوات الحياة ملازم[٢] لهذا الفعل عادة . وهذا لأنه محتمل : يحتمل أن فوات الحياة حصل لداء فى باطنه ، أو لشيء آخر نفق[٣] عند القطع ، فلا يلازمه فوات الحياة عادة ، بخلاف جز الرقبة ، فإنه يلازمه فوات النفس والحياة عادة . ولهذا شرع قطع اليد حدا فى باب السرقة ، ولو كان فوات الحياة ملازما له عادة أو غالبا ، لما شرع حدا .

ولئن سلمنا أنه قتل ، ولكنه قتل بطريق السراية[٤] لا بطريق البداية ، وإنما يجعل قتلا موجبا للضمان إذا كانت السراية مضافة إلى البداية ، وإنما تكون مضافة إذا كانت موافقة للبداية . أما إذا كانت مخالفة فلا - / ألا ترى أن من حفر بئرا على قارعة الطريق ، فوقع فيها إنسان ومات ، يضاف إليه ، حتى يضمن . ولو حفر فى دار نفسه فتعدى إلى أرض جاره أو أوقد[٥] نارا فى داره فتعدى إلى دار جاره لا يضمن ، لأنه مخالفة للبداية - كذا هذا ، لأن ابتداءه[٦] مباح ، لأنه حقه فلا يضمن - دل عليه أن الإمام إذا قطع يد السارق ، أو المأمور إذا قطع [يدا لأحد][٧] فسرى ومات لا يضمنان . وكذا الفصاد والبزاغ والحجام ، لما قلنا[٨] - كذا هذا .

٢/١٧٢

---

(١) « قولكم » وردت فى الهامش دون إشارة إلى موضعها .

(٢) فى الأصل : « يلازم » - انظر العبارة التالية .

(٣) نفقت الدابة نفوقا ماتت ونفق الجرح تَقَشَّر - المعجم الوسيط .

(٤) سرى الجرح إلى النفس دام ألمه حتى حدث منه الموت - المعجم الوسيط .

(٥) فى الأصل كذا : « أو أقد » فالواو فى « أوقد » ساقطة . وسيأتى فى الجواب : « إيقاد النار » .

(٦) فى الأصل كذا : « ابتداؤه » .

(٧) فى الأصل تبدو : « إذا قطع يد الآمر » . وفى التحفة ، ٣ : ١٤٧ : « والمأمور بقطع اليد ... » انظر فيما يلى الهامش ٢ ص ٤٨٢ .

(٨) انظر : التحفة ، ٢ : ٥٢٣ و ٣ : ١٤٧ .

قوله : لو وجد هذا الفعل ابتداء ، كان موجبا للقصاص - قلنا : الشرع ألحق غير القتل بالقتل فى موضع الظلم ، سدا لباب العدوان ، فلا يدل على الإلحاق ههنا .

ولئن سلمنا أنه قتل ، ولكن لم قلتم بأنه قتل معصوما ، وبطلانه ظاهر ؟ لأن العصمة حرمة التعرض ، ولم تثبت هنا ، لأن القطع مطلق فيه ، وعين هذا[١] القطع قتل[٢] ، والسراية ليست فى وسعه ، فلا يكون معصوما .

ولئن سلمنا بأنه قتل معصوما ، لم يجب الضمان .

وأما القياس على القتل الخطأ - قلنا : وجوب الضمان ثمة ثبت على خلاف القياس ، لانتفاء المماثلة ، فلا يتعدى إلى موضع النزاع .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن هذا الفعل يلازمه فوات الحياة ؟ قلنا : لأن الكلام فى قطع لم يتصل به البرء وأفضى إلى خروج كل الدم وفوات الحياة .

قوله : محتمل - قلنا : ذلك احتمال موهوم ، لا أمارة عليه - دل عليه : أن هذا الاحتمال قائم فى قتل النفس ، ومع هذا لم يعتبر ، والقطع وإن كان مشروعا فى باب السرقة ، ولكن هذا لا ينفى كون الموت ملازما للقطع فى البنية التى لا تحتمل ألمه .

قوله : قتل بطريق السراية لا بطريق / البداية - قلنا : هذا الفعل قتل من الابتداء ، ‏/١٧٣ لأن القتل فعل يؤثر فى فوات الحياة عادة ، والفعل إنما يعرف بأثره ، فما لم يوجد تمام الأثر لا يعرف كونه قتلا أو كسرا ، وزمان الأثر قد يمتد .

قوله : هذه مخالفة للبداية - قلنا : إذا كان قتلا من الابتداء كانت العاقبة موافقة للبداية . بخلاف سقى[٣] الأرض ، وإيقاد النار فى داره ، لأن ابتداءه مصادف لملكه .

وأما الإمام والمأمور[٤] والفصاد والبزاغ - قلنا : فعل هؤلاء وقع قتلا من الابتداء

(١ - ٢) فى الأصل كذا : « هذا القطع قبل » وقد تنطق « هنا القطع قل » .
(٣) الذى تقدم : « حفر » .
(٤) فى الأصل هنا : « والمأموم » وقد سبقت « والمأمور » .

أيضا ، إلا أنهم لا يضمنون لأن النفس ليست بمعصومة فى حق هذا القتل ، أما هنا بخلافه .

قوله : لم قلتم بأنه معصوم – قلنا : لما ذكرنا .

قوله : العصمة عبارة عن حرمة التعرض – قلنا : ليس كذلك ، فإن حرمة التعرض أثر العصمة ، ويجوز أن يكون المحل معصوما ولا يحرم تعرضه كمال الغير عند المخمصة ، بل العصمة معنى شرعى فى المحل يقتضى كونه محرم التعرض ويقتضى وجوب الضمان بمقابلته ، إلا أنه قد تمتنع هذه الأحكام لمانع . إلا أن العصمة لها أثران[١] : أحدهما – حرمة الفعل ، وكونه بحال لو فعله يعاقب . والثانى – إيجاب الضمان بمقابلته إعداما للضرر ، وههنا دل الدليل على انتفاء الأثر الأول تمكينا له من استيفاء القصاص فيبقى الأثر الثانى ، بخلاف الإمام والمأمور[٢] ، لأن الفعل واجب عليهما ، فلا يتقيد بالضمان ، والقصاص هنا ليس بواجب ، بل العفو مندوب ، فيجب الضمان .

قوله : وجوب الضمان فى فعل الخطأ ثبت على خلاف القياس – قلنا : بلى ، ولكنه دافع للضرر به بوجه / من الوجوه ، فوجب أن يجب ههنا أيضا دفعا للضرر بقدر الإمكان . ٢/١٧١

١٩٢ — **مسألة** : من له القصاص فى النفس إذا قطع طرف من عليه القصاص ، وبرأ ، ثم عفا عن النفس ، يضمن أرش اليد . وعندهم : لا يضمن[٣] .

والوجه فيه – أنه قطع طرفا معصوما مضمونا بضمان معلوم ، فيجب عليه ، قياسا

---

(١) كذا تبدو وتكلم فيما يلى على : « الأثر الأول » و « الأثر الثانى » .

(٢) فى الأصل : « والمأموم » راجع فيما تقدم ص ٤٨٠ و ٤٨١ والهامش ٤ من ص ٤٨١ قال فى التحفة ، ٣ : ١٤٧ : « وأجمعوا أن الإمام إذا قطع يد السارق أو البزاغ أو الختان والفصاد والمأمور بقطع اليد : إذا سرى فعلهم ، لا يجب عليهم شىء وهى تعرف فى الخلافيات » .

(٣) وكذا فى التحفة ، ٣ : ١٤٧ .

على ما إذا قطعه ابتداء خطأ ، وبيان الأوصاف ما ذكرنا فى المسألة المتقدمة ، فلو سقطت العصمة إنما تسقط بجنايته وجنايته القتل ، فيوجب سقوط عصمته فى حق القصاص ، فيبقى معصوما فى حق القطع . وبيان التأثر ما مر فى المسألة المتقدمة .

فإن قيل : لا نسلم بأن الطرف معصوم فى حق القطع .

قوله : بأن جنايته أوجبت سقوط العصمة فى حق القتل – قلنا : بلى ، ولكن لم قلتم بأن سقوط العصمة فى حق القتل لا يكون سقوط العصمة فى حق القطع ، وهذا لأن القتل ليس إلا إتلاف النفس ، فإذا صار القتل حقا له صارت النفس فى حق الإتلاف حقا له ، والنفس ليست إلا جملة هذه الأجزاء ، فتصير الجملة حقا له ، فلا يكون معصوما فى حق قطع الطرف .

والدليل على أن سقوط العصمة فى النفس يوجب سقوطها فى الطرف ، أنا أجمعنا على أن الشهود إذا شهدوا على رجل بالقصاص فى النفس ، فقطع من له القصاص طرفه ، ثم رجع الشهود ، ضمنوا ، والشهود إنما يضمنون ما تلف بشهادتهم ، فلولا أن الشهادة على النفس توجب تلف الطرف ، لما ضمنوا .

والدليل عليه أن من له القصاص فى الطرف إذا / استوفى الأصابع ثم عفا ، لا ١/١٧٤ يضمن أرش الأصابع ، والأصابع من الطرف بمنزلة الطرف من النفس – دل عليه أنه لو قطع ثم قتل قبل البرء لا يضمن . وكذا لو قطع وما عفا وما سرى وما برأ لا يضمن .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن سقوط العصمة فى حق القتل لا يكون سقوطا فى حق القطع – قلنا : لأن القتل غير القطع ومحله غير محله ، فسقوطه لا يوجب سقوطه .

قوله : القتل إتلاف النفس ، فإذا صار القتل حقا له ، صار محل القتل حقا له ، وهى النفس بأجزائها – قلنا : عنه جوابان :

أحدهما – لا نسلم بأن كون القصاص حقا له يقتضى كون النفس حقا له ، لأن القصاص فعل ضرورى .

والثانى - إن كان النفس حقا له ، لكن فى حق فعل خاص ، وهو القتل ، لا فى حق فعل آخر .

وأما مسألة الشهود - فهو على هذا الخلاف .

وأما مسألة الأصابع - قلنا : هو يستحق الكف والأصابع فى الأصل ، لأن الإتلاف ورد على الكل مقصودا ، لأن الأصابع أصل لآلة البطش لا تبع - أما ههنا بخلافه .

وأما إذا قطع ثم قتله قبل البرء ، إنما لا يضمن لأن الطرف صار مستحقا فى حق القتل ، وهذا الفعل وقع قتلا أو هو من جملة القتل ههنا .

وأما إذا قطع وما عفا وما برأ وما سرى ، لم يتبين أنه بغير حق ، لأن ذلك إنما يتبين بالبرء(١) .

١٩٣ ـــ **مسألة** : المشجوج(٢) رأسه أو المقطوعة يده إذا عفا عن الشجة(٣) والقطع ثم سرى إلى النفس ومات يضمن الشاج والقاطع دية النفس . وقالوا : لا يضمن(٤) .

والوجه فيه - أن هذا قتل آدمى معصوم مضمون بضمان معلوم ، ولم يوجد العفو عنه / فيوجب الضمان ، قياسا على ما إذا انعدم العفو أصلا وكان القتل خطأ . ٢/١٧٤

وبيان وجود القتل والعصمة والمضمونية وبيان التأثير ما مر فى مسألة سراية القَوَد(٥) .

---

(١) فى الأصل : « بالبر » .

(٢ ـــ ٣) شَجَّه شَجًّا شق جلد رأسه أو وجهه . ويقال شج رأسه وشجه فى رأسه أو وجهه . والشجة الجراحة فى الرأس أو الوجه أو الجبين - المعجم الوسيط .

(٤) وكذا فى التحفة ، ٣ : ١٤٧ - ١٤٨ .

(٥) القَود القصاص - المعجم الوسيط .

وإنما قلنا : إنه لم يوجد العفو - لأنه لم ينص على العفو عن القتل ، بل عفا عن القطع أو عن الشجة[١] ، والقتل غير والشجة غير ، والعفو عن فعل معين لا يكون عفوا عن غيره . وإذا انعدم العفو عن القتل يجب الدية .

فإن قيل : قولكم بأنه قتل - قلنا :[٢] الشجة والقطع قتل ابتداء أم بطريق السراية ؟ الأول - ممنوع ، ولا يمكن دعواه ، لأن الشجة لا تكون قتلا . والثانى - مسلم ، ولكن السراية مخالفة للبداية ، لأن البداية وقعت هدرا لمكان العفو ، **فلا يضاف إليها - على ما مر .**

ولئن سلمنا أن هذا الفعل قتل ، ولكن لم قلتم بأنه لم يوجد العفو عنه ؟ .

قوله : بأن العفو وجد عن القطع أو الشجة - قلنا : بلى ، ولكن هذه الشجة بعينها هي القتل ، لأنها سارية ، والقتل ليس إلا الجرح السارى ، فكان العفو عنه عفوا عن القتل ، فصار كما إذا قال « عفوتك عن الجناية » ثم سرى ومات ، لا يجب الضمان - كذا هذا .

ولئن سلمنا أنه ليس بعفو عن القتل ، ولكنه عفو عن سبب القتل ، وهو القطع ، فيكون عفوا عن سببه ، فيكون عفوا عن حكمه ، وهو الدية .

الجواب :

قوله : القطع قتل ابتداء أم بواسطة إضافة السرى إليه ؟ قلنا : القطع قتل من حيث إنه إفضى إلى فوات الحياة ، وبيان الكلام ما مر فى مسألة سراية القود[٣] . وتمامه فى مسألة شراء الأب ناويا عن الكفارة[٤] .

---

(١) فى الأصل هنا نقطة كذا : « ⊙ » .

(٢) فى الأصل كانت : قلنا : لا نسلم - الشجة .. » ثم شطبت كلمة « لا نسلم » .

(٣) راجع فيما تقدم المسألة ١٩١ ص ٤٧٩ وما بعدها .

(٤) راجع فيما تقدم المسألة ٧٧ ص ١٩٥ وما بعدها .

قوله : لم قلتم بأنه لم يوجد العفو عن القتل – قلنا : لما مر : أنه لم ينص على العفو .

١/١٧٥ قوله : عفا عن القطع ، / والقطع عينه قتل هنا – قلنا : لا نسلم ، بل هو غيره إلا أنهما قد يتجاوزان ، فلا يكون العفو عن أحدهما عفوا عن الآخر ، بخلاف ما إذا قال عفوتك عن الجناية ، لأن الجناية أمر عام يتناول القتل والقطع ، فكان عفوا عن القتل .

قوله : القطع سبب القتل – قلنا : لا نسلم .

ولئن سلمنا ، ولكن العفو عن القطع إنما يكون عفوا عن القتل أن لو صح العفو عن القطع ، ولم يصح ، لأن العفو عن القطع عفو عن موجبه ، لأن إسقاط القطع محال ، فإذا سرى ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلا . إنما الثابت موجب القتل ، وهو كمال الدية ، فكأنه عفا عن أرش اليد ، والواجب دية النفس ، فلا يصح العفو عن القطع ، فلا يكون عفوا عن القتل .

والله أعلم .

١٩٤ ــ **مسألة** : القصاص إذا كان بين صغير وكبير يتفرد[١] الكبير بالاستيفاء . وعندهم لا يتفرد .

والوجه فيه – أن ملك القصاص ثابت للكبير على سبيل الكمال ، فوجب أن يتفرد بالاستيفاء ، قياسا على القصاص بين الكبيرين .

وإنما قلنا ذلك – لأن ملك القصاص لا يتجزأ ، وقد وجد سبب ثبوته لكل واحد منهما على الكمال .

وإنما قلنا : إن ملك القصاص لا يتجزأ – لأن ملك القصاص معنىً يقتضى إطلاق استيفاء القتل ، والقتل لا يتجزأ ، فملك القصاص لا يتجزأ ، ضرورة .

---

(١) تفرد بالأمر انفرد وانفرد بالأمر استبد ولم يشرك معه أحدا – المعجم الوسيط .

وإنما قلنا : إنه وجد سبب ثبوته لكل واحد منهما على سبيل الكمال - لأن البنوة سبب لثبوت ملك القصاص على سبيل الكمال ، بدليل أنه سبب عند الانفراد .

وإنما قلنا : إنه ثبت ملك القصاص للكبير ، فإنا / أجمعنا على أنه يملك العفو والاعتياض ، وذلك يبتنى على الملك ، فكان[1] الملك ثابتا للكبير على سبيل الكمال ، فينفرد الكبير بالاستيفاء . /١٧٥

فإن قيل : قولكم بأن ملك القصاص لا يتجزأ[2] - قلنا : استيفاء أم استحقاقا ؟ م ع - وهذا لأن استيفاءه إن كان لا يتجزأ ، ولكن استحقاقه يتجزأ ، لأن له آثارا متجزئة ، وهى الإرث وانقلابه مالا وغير ذلك .

ولئن سلمنا أن ملك القصاص لا يتجزأ ، ولكن لم قلتم بأنه وجد سبب ثبوته لكل واحد منهما على سبيل الكمال ؟ .

قوله : البنوة سبب لثبوته على الكمال - قلنا : حالة الانفراد أم حالة الاجتماع ؟ م ع . بيانه - أن البنوة جاز أن تكون سببا لاستحقاق الكل حالة الانفراد ، ولا تكون سببا حالة الاجتماع ، كما فى الإرث ، فإن الابن الواحد المنفرد يستحق كل الميراث ، وإن كان معه ابن آخر يستحق النصف - كذا هذا .

ولئن سلمنا أنه وجد سبب الثبوت لكل واحد على الكمال ، ولكن لم قلتم بأنه أمكن إثباته ؟ . وبيان أنه لا يمكن - أنه متى ثبت لأحدهما على الكمال ، إما أن يثبت للآخر عين ما ثبت للأول أو غيره ، لا وجه للأول - لأنه لا يتصور ، لاستحالة أن يستوفى هذا على الكمال وذا على الكمال . ولا وجه للثانى - لأنه غير متعدد .

ولئن سلمنا أنه أمكن إثبات الكل لكل واحد ، ولكن أمكن أيضا أن يثبت الكل

---

(١) قد تكون فى الأصل : « وكان » .

(٢) فى الأصل : « لا يتجزى » . وكذا فيما يلى : « يتجزى » . وفى المعجم الوسيط : جَزَّأَه قسمه أجزاء وتَجَزَّأَ به اجتزأ .

للكل ، ويجعل الكل كشخص واحد ، فلم كان ما قلتم أولى مما قلنا ؟ وصار كالقصاص بين الحاضر والغائب ؟ .

الجواب :

قوله : ملك القصاص لا يتجزأ استيفاء أم استحقاقا ؟ - قلنا : استحقاقا واستيفاء ، لأن ملك القصاص / وصف فى المحل يظهر فى إطلاق الفعل ، وذلك لا يتجزأ .

١/١٧٦

قوله : لم قلتم بأنه [وجد](١) السبب - قلنا : لأن السبب هو البنوة .

قوله : ليس بسبب حالة الاجتماع - قلنا : إذا كان ذات(٢) البنوة سببا ، فذاك لا تتفاوت بين الاجتماع والانفراد . إلا أن فى باب الإرث : المستحق متجزىء فى نفسه(٣) ، فأثبتنا النصف لهذا والنصف لذا - أما ههنا [فـ] لا يمكن العمل بالسبب إلا بالطريق الذى قلنا .

قوله : لم قلتم بأنه أمكن إثباته لكل واحد على الكمال - قلنا : لأنه يمكن ذلك ، بأن يجعل استحقاق أحدهما عدما فى حق الآخر شرعا ، وبهذا بطل ما ذكرتم من التقسيم ، لأن استحقاق أحدهما لم يظهر فى حق الآخر .

قوله : كما أمكن إثبات الكل لكل واحد ، أمكن إثبات الكل للكل ويجعل الكل كشخص(٤) واحد - قلنا : بلى ، ولكن ما قلنا أولى ، لأنه أقل تغيرا ومخالفة للحقيقة ، لأن ما قلناه جعل كل واحد منهما عدما فى حق تصرف الآخر ، وفيما قلتم

---

(١) فى الأصل الكلمة غير واضحة ، فهى كذا : « ولاد » .

(٢) فى الأصل كذا : « داب » دون نقط .

(٣) العبارة فى الأصل غير واضحة تماما .

(٤) فى الأصل تبدو كذلك وقد تكون « لشخص » .

جعلهما شخصا واحدا وتعطيل أحد السببين[١] ، فكان ما قلناه أولى . وأما القصاص بين الحاضر والغائب - قلنا : احتمال العفو من الغائب ثابت وعلى تقدير العفو لا يتمكن الآخر من الاستيفاء - أما هنا ، [فـ] احتمال العفو من الصغير ليس بثابت فافترقا .

١٩٥ - **مسألة** : القتل بالمثقل دقا لا يوجب القصاص . وقالوا : يوجب .

والقتل بالمثقل جرحا : عن أبي حنيفة روايتان . والأصح أنه يوجب .

والقتل بالحديد دقا : عن أبي حنيفة روايتان . والأصح أنه لا يوجب .

والوجه فيه - أن القصاص لو وجب لا يخلو : إما أن يستوفى دقا ، أو يستوفى حزا[٢] / . لا وجه للأول ، لقوله عليه السلام : « لا قود إلا بالسيف »[٣] - نفى القصاص بدون السيف . ولا وجه للثاني ، لأنه عدول عن المماثلة ، لأن الأول لم يجرح والثاني يجرح ، والمماثلة شرط لقوله تعالى : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾[٤] إلى غيرها من النصوص . وإذا انتفى الأمران ، لا يجب القصاص .

٢/١٧٦

فإن قيل : لم قلتم بأنه لا يستوفى القصاص دقا ؟ .

وأما الحديث - قلنا : الباء[٥] كما تستعمل للآلة تستعمل للسببية ، فيحتمل أن

---

(١) « السببين » غير واضحة تماما فى الأصل .

(٢) انظر فيما تقدم الهامش ١ ص ٤٧٨ .

(٣) قال فى سبل السلام ، ٣ ، فى رقم ١٠٩١ ص ١١٩٢ : « .. واحتجوا بما أخرجه البزار وابن عدى من حديث أبى بكرة عنه ﷺ أنه قال : « لا قود إلا بالسيف » إلا أنه ضعيف - قال ابن عدى طرقه كلها ضعيفة ... » .

(٤) الشورى : ٤٠ - ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفا وأصلح فأجره على الله إنه لا يحب الظالمين ﴾ .

(٥) فى المعجم الوسيط، الباء من معانيه الاستعانة ، مثل كتبت بالقلم . والسببية مثل أخذ بذنبه . والظرفية نحو : ﴿ لقد نصركم الله ببدر ﴾ . والإلصاق ونحوه مثل : مسكت بالقلم وأخذت برأيك . والقسم مثل أقسم بالله . وتكون للتعدية مثل : ذهبت به .

يكون معناه : لا قصاصَ إلا بسبب القتل بالسيف .

ولئن سلمنا أنه لا يستوفى دقا - لم قلتم بأنه لا يستوفى جرحا ؟ .

قوله : بأن ذلك عدول عن المماثلة المشروطة بالنصوص - قلنا : لا نسلم بأن النصوص تقتضي اشتراط المماثلة ، وهذا لأن المماثلة هى المشاركة فى جميع الأوصاف ، وذلك يتنى[١] على المماثلة بين المحلين ، وإنه غير متصور بين الفعل الأول والثانى ، فيحتمل على المشاركة فى بعض الأوصاف ، وقد وجد .

ولئن سلمنا أن هذه النصوص تقتضى اشتراط المماثلة ، لكن فى وصف السيئة والاعتداء ، لا فى أوصاف أخر . وهذا الفعل سيئة من حيث هو قتل ، لا من حيث هو دق وكسر ، والفعل يماثله من حيث القتل - دل عليه أنه لا يعتبر المماثلة فى عدد الجراحات وطول الجراحة وعرضها وبعدها وغورها وكونها بالسكين أو السيف أو المحدد من الخشب أو الحجر المحدد أو النار ، بل يجبُ القصاص فى الكل ، مع ما ذكرتم .

ولئن سلمنا أن المماثلة معتبرة ، ولكن فى موضع لا يؤدى إلى فتح باب الظلم ، وههنا يؤدى إلى فتح باب الظلم والعدوان .

ثم التعليل معارض بما روى عن أنس بن مالك : أن جارية وجد رأسها مرضوخا[٢] بين حجرين / فقيل : من فعل هذا بك ؟ فلان ، فلان ، حتى ذكر يهودى فأومت[٣] برأسها ، فأخذ اليهودى ، فاعترف ، فأمر رسول الله ﷺ أن يرض[٤] رأسه بين

١/١٧٧

---

(١) فى الأصل كذا : « سى » دون أى نقط .

(٢) رضخ به الأرض رَضْخا ضرب بها - المعجم الوجيز والوسيط .

(٣) ومأ إليه يَمأ وَمْئاً أشار فهو وامىء وهى وامئة - أومأ إليه أشار - المعجم الوسيط . وفى بلوغ المرام « فأومأت » .

(٤) رَضَّه رَضا دقه جريشا أو كسره فهو مرضوض ورضيض - المعجم الوسيط .

حجرين .[١] وفى رواية « أن يهوديا قتل جارية على أوضاح[٢] فأقاده رسول الله ﷺ بها » - أخرجه النسائى ومسلم فى صحيحه .

الجواب :

قوله : الباء تستعمل للسببية أيضا - قلنا : حمله على السببية يحتاج إلى إدراج لفظ القتل ، وحمله على الآلة لا يحتاج ، فكان حمله على الآلة أولى .

قوله : المماثلة غير ممكن فى جميع الأوصاف - قلنا : المماثلة من جميع الوجوه ممكن أم غير ممكن ؟ إن قال : ممكن ، يجب رعايتها ، عملا بالنصوص . وإن قال : غير ممكن ، **كان المراد من النصوص المماثلة فيما يمكن ، لأن الشرع لا يكلف نفساً إلا وسعها .**

قوله : بأن هذه النصوص تقتضى اشتراط المماثلة فى وصف السيئة لا فى أوصاف أخر - قلنا : بلى ، ولكن هذا الفعل سيئة من حيث إنه دق وكسر وإيلام ، فيشترط المماثلة فيما يمكن ، أما فيما لا يمكن فلا .

قوله : يؤدى إلى فتح باب الظلم وسد باب القصاص - قلنا : يسمى كذلك ، لأن القتل بهذه الآلة لا يغلب وجوده .

وأما الحديث - قالوا : المراد منه السباية[٣] إذ[٤] كان اليهودى ساعيا فى الأرض بالفساد وكان يعتاد ذلك[٥] .

---

(١) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٩٩٦ ص ١٨٠ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ١٠٩١ ص ١١٩٠ .

(٢) الأوضاح حلى من الدراهم الصحاح - مختار الصحاح .

(٣) سَبَى عدوه سَبْيا وسِباء أسره - المعجم الوسيط . ويبعد أن تكون « السياسة » .

(٤) فى الأصل : « أو » راجع فيما يلى الهامش التالى .

(٥) قال فى سبل السلام ، ٣ : فى رقم ١٠٩١ ، ص ١١٩١ : « وجواب الحنفية عن حديث أنس بأنه حصل فى الرض الجرح أو بأن اليهودى كان عادته قتل الصبيان فهو من الساعين فى الأرض فسادا ... » .

١٩٦ ــ **مسألة** : شهود القصاص إذا رجعوا بعد الاستيفاء أو جاء المشهود بقتله حيا والشهود أقروا بالتعمد – لا يجب عليهم القتل[١] .

والوجه فيه – أن قتل الشهود لا يساوى الجناية الموجودة منهم ، فلا يستحق عليهم .

٢/١٧٧ وإنما قلنا ذلك – لأن فوات الحياة فى حق الشهود / يتعلق بحز[٢] الرقبة ، بطريق العلة والإيجاب ، ولا يتوقف على اختيار أحد . وفوات الحياة فى حق المشهود عليه يتعلق بوسائط وأفعال اختيارية : منها – حصول غلبة الظن للقاضى بصدقهم . ومنها – قضاء القاضى . ومنها – اختيار الولى القصاص دون الدية . ومنها – مباشرة حقيقة القتل . ولا يخفى على أحد أن الأول فى كونه جناية أقوى ، فلا يجب ، لأنه خالف النصوص المقتضية للمماثلة .

فإن قيل : ما ذكرتم[٣] إن دل على عدم وجوب القصاص ، ولكن ههنا دليل يدل على وجوب القصاص ، وذلك لأن الموجود من الشهود قتل تسببيا ، وإن لم يكن مباشرة ، لأن فعلهم يفضى إلى زهوق الروح ، بواسطة تغلب وجودها ، لأنه يجب على القاضى القضاء ، وذلك بحمل الولى على الاستيفاء ، فيصير[٤] الشاهد قاتلا ، كالمكره ، بل أولى ، لأن إقدام المكره حرام ، وقضاء القاضى واجب ، فيكون الملازمة ههنا أكثر ، فيكون قتلا معنى وتسببا . ولهذا تجب الدية عليهم ، والدية حكم القتل ، فيجب القصاص بالنصوص المقتضية للقصاص .

ولئن سلمنا أن الموجود منه ليس بقتل ، لكن لم قلتم بأنه لا يجب القصاص ؟ .

أما النصوص المقتضية للمماثلة ، فالاعتراض عليها ما مر فى المسألة المتقدمة .

---

(١) وكذا فى التحفة ، ٣ : ١٥٠ .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٤٧٨ و ٢ ص ٤٨٩ .

(٣) فى الأصل كذا : « ماذكر ثم » ولعلها : « ما ذكرتم » .

(٤) فى الأصل كذا : « فيصر » .

ولكن القول بعدم وجوب القصاص سد لباب القصاص وفتح باب الظلم والعدوان .
ولأنهم أسقطوا عصمة المشهود عليه ، فوجب أن تسقط عصمتهم تحقيقا للمماثلة .

الجواب :

قوله بأن فعل الشهود قتل معنىً وتسببا - قلنا عنه جوابان : أحدهما - لا نسلم / ١٧٨'
بأنه قتل تسببا ، لأن القتل تسببا ما يفضى إلى زهوق الروح غالبا كالجاء المكره ، وهنا
لا يفضى غالبا ، لأن القاضي غير مضطر فى ذلك ، وكذلك الولى لأن العفو مندوب ،
ووجوب الدية لا يختص بالقتل ، بدليل أنه يجب الدية بقطع اليدين أو اللسان أو
المارن[١] وغيرها . والثانى - إن كان الموجود منه قتلا تسببيا ، ولكن يماثله القتل بطريق
المباشرة ، على ما ذكرنا .

والجواب عن اعتراضات المماثلة ، ما مر فى المسألة المتقدمة .

قوله : يؤدى إلى فتح باب الظلم - قلنا : لا نسلم ، وهذا لأنه لا يغلب وجود القتل
بهذا الطريق ، بل هو نادر جدا ، فلا يؤدى إلى ما ذكرتم .

قوله : بأنهم أسقطوا عصمة المشهود عليه - قلنا : فعل الشهود أوجب سقوط
العصمة بالوسائط ، وقتلهم يوجب سقوط عصمتهم من غير واسطة اختيار القاضى .

والله أعلم .

١٩٧ ـــ **مسألة** : الجمل[٢] أو الصبى أو المجنون إذا صايل[٣] على إنسان فقتله
المصول عليه : يضمن . وعنده : لا يضمن .

---

(١) المارن من الأنف مالان منه - المعجم الوسيط .

(٢) فى الأصل كذا : « الحمل » وعليها علامة كأنها علامة شطب .

(٣) صال عليه صَوْلا وصولانا سطا عليه ليقهره . وصال الجملُ ونحوه عضّ . وصاوله
مصاولة وصيالا وصيالة غالبه ونافسه فى الصوْل - المعجم الوسيط .

والوجه فيه - أنه أتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه ، فيجب عليه الضمان ، قياسا على ما إذا أتلف قبل الصيال .

وإنما قلنا ذلك - لأن المال هو المحل المعد لإقامة مصلحة الآدمى حقيقة وشرعا ، وقد وجد .

وأما كونه متقوما معصوما - فلما مر فى مسألة إتلاف خمر الذمى[١] . فلو سقطت العصمة إنما تسقط بجناية المالك ولم توجد ، لأن الكلام فيه والتأثير ما مر فى مسألة إتلاف خمر الذمى[٢] .

فإن قيل : قولكم بأنه أتلف - قلنا : لا نسلم ، وهذا لأن الإتلاف فعل يضاف إليه التلف - فلم قلتم بأن تلف الدابة يضاف إلى فعله . بيانه - أن التلف إنما يضاف / إلى فعله إذا كان باختياره وهو مسلوب الاختيار من جهة غيره ، لأنه مضطر فى الدفع ، فكان كالمكره ، فكان كالآلة ، فلا يكون متلفا ، فلا يجب عليه الضمان .

٢/١٧٨

ولئن سلمنا أنه أتلف - ولكن لم قلتم بأنه مال ؟ .

قوله : المال هو المعد لإقامة المصالح - قلنا : بلى ، ولكن لم قلتم بأن الجمل[٣] فى هذه الحالة بقى مالا على هذا التفسير ، وهذا لأن الصيال يخرجه عن الانتفاع به والرغبة فيه ، فلا يكون مالا فى هذه الحالة .

ولئن سلمنا أنه مال ، لكن لم قلتم بأنه معصوم ، وظاهر أنه غير معصوم ، لأنه لا يحرم تعرضه فى هذه الحالة بالإجماع .

ولئن سلمنا عصمة الصائل ، ولكنها معارضة بعصمة المصول عليه ولا يجتمعان .

ولئن سلمنا الأوصاف ، لكن لم يجب الضمان ؟

(١ - ٢) راجع فيما تقدم المسألة رقم ١١٢ ص ٢٦٩ - ٢٧٠ .

(٣) فى الأصل : « الحمل » راجع الهامش ٢ و ٣ ص ٤٩٣ .

قوله : دفعا لضرر المالك – قلنا : إنما يجب الضمان دفعا لضرر الإتلاف إذا كان بغير رضا المالك . أما إذا كان برضا المالك ، فلا يجب الضمان ، وههنا الإتلاف برضا المالك ، ولأن الظاهر من حال المسلم أن لا يرضى بهلاك المصول عليه ، ولأنه مأذون[١] من جهة الشرع فى الإتلاف لتعيينه مدفعا ، فلا يجب الضمان ، فصار كالحر إذا صال على إنسان ، والعبد وصيد الحرم ، فإنه لا يجب الضمان فى هذه الصور ، لما ذكرنا – كذا هنا .

والله أعلم .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن تلف الدابة مضاف إلى فعله ؟ – قلنا : لأنه ملازم لفعله ، فيضاف إليه .

قوله : إنما يضاف إليه إذا كان باختياره ، وهو مسلوب الاختيار – قلنا : هو باختياره ، لأنه قتلها بقصده واختياره ، لقيام الداعى إليه ، وهو صيانة نفسه .

١٧٩ وأما المكره – قلنا : المكره يصلح آلة للمكره حقيقة / أما المصول عليه ، [فـ] لا يصلح آلة للدابة ، فى قتل نفسه .

قوله : لم قلتم بأن الدابة فى هذه الحالة بقيت مالا – قلنا : لأنها صالحة للمصالح والصيال غير مانع لها ، لأنه لا يدوم – دل عليه أنه لو قتله غير المصول عليه فى هذه الحالة يضمن .

وبه خرج الجواب عن سؤال العصمة .

وأما المعارضة بعصمة المصول – قلنا : نحن عملنا بهما جميعا ، فقلنا برخصة الإتلاف دفعاً للهلاك عن المصول عليه رعاية لعصمته ، وقلنا : يكون الإتلاف مقابلاً بالضمان رعاية لعصمة الدابة وحق المالك .

---

(١) فى الأصل كذا : « ما دون » وستأتى بعد ذلك فى الجواب .

قوله : الإتلاف حصل برضا المالك ، فلا يوجب الضمان - قلنا : لا نسلم بأنه وجد رضا المالك بل الظاهر من حال العاقل أن لا يرضى بتلف ماله - غاية ما فى الباب أنه مأذون شرعا فيرضى به ، ولكن الشرع أثبت رخصة الإتلاف بشرط الضمان ، فالمالك يرضى على هذا الوجه .

قوله : بأنه مأذون من جهة الشرع - قلنا : ولكن بشرط الضمان ، رعاية للجانبين(١) . واعتبارا للعصمتين ، فيجب الضمان ، كتناول مال الغير عند المخمصة : يجوز بشرط الضمان - كذا هذا .

وأما الحر : إذا صال على إنسان ، فقتله المصول عليه ، إنما لا يضمن ، لأن عصمته سقطت بالصيال ، والصيال جناية منه .

وكذلك العبد : سقطت عصمته .

وأما صيد الحرم : فلأن عصمته إنما تثبت بالشرع لحرمته أو لحرمة الحرم . ولكن إنما أثبتها الشرع موقتا إلى غاية الأذى من جهته ، فلا يبقى معصوما - أما ههنا بخلافه .

١٩٨ ـــ **مسألة** : المسلم يقتل بالذمى قصاصا ، خلافا له .

والوجه - أن هذا قتل آدمى معصوم على جهة التعمد ، فيكون سببا لوجوب القصاص / قياسا على قتل المسلم بالمسلم . ٢/١٧٩

وإنما قلنا ذلك - لأن دليل العصمة ثابت ، وهو قوله تعالى : ﴿ الذين لا يؤمنون بالله - إلى قوله - حتى يعطوا الجزية ﴾(٢) : أثبت إباحة القتل ممدودا إلى غاية قبول

---

(١) هنا فى الأصل نقطة هكذا : « ⊙ » .

(٢) التوبة : ٢٩ - ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ﴾ . وكذا فى التحفة ، ٣ : ١٤٥ .

الجزية ، والحكم الممدود إلى غاية تنتهى بوجود تلك الغاية ، فتنتهى الإباحة ، فتثبت العصمة ، فتكون سببا لوجوب القصاص ، بالنصوص .

فإن قيل : تعليلكم باطل بالنصوص :

منها - قوله تعالى : ﴿ لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة ﴾[1] . ولو قتل المسلم بالذمى ، كالذمى بالمسلم ، لثبت المساواة .

ومنها - قوله تعالى : ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾[2] وفى إيجاب القصاص إثبات السبيل .

ومنها - قوله عليه السلام : « لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد فى عهده »[3]

قولكم بأنه قتل آدمى معصوم - قلنا : لا نسلم بأن الذمى معصوم .

وأما الآية - قلنا : انتهاء الغاية يوجب انتهاء الحكم الممدود إلى الغاية - فلم قلتم بأن الحكم الممدود إلى غاية قبول الجزية إباحة القتل ، بل الحكم إيجاب القتل ، لأنه أمر بالقتال ، فإذا وجد قبول الجزية ينتهى وجوب القتل ، أما لا تنتهى إباحة القتل .

ثم الدليل على انتفاء العصمة قوله تعالى : ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾[4] إلى غيرها من النصوص .

ولئن سلمنا أن الذمى معصوم ، لكن مثل عصمة المسلم أم دونها ؟ ع م - وهذا

---

(١) الحشر : ٢٠ - ﴿ لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة أصحاب الجنة هم الفائزون ﴾ .

(٢) النساء : ١٤١ .

(٣) بلوغ المرام ، رقم ٩٩٥ ص ١٨٠ ، وسبل السلام ، ٣ : رقم ١٠٩٠ ص ١١٨٨ .

(٤) التوبة : ٥ - ﴿ فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم إن الله غفور رحيم ﴾ . وفى الأصل : « اقتلوا » .

لأن عصمة المسلم ثابتة بالإسلام ، وعصمة الذمى ثابتة بعقد الذمة ، فكان دونه ، فلا يجب القصاص . لكن القصاص يقتضى المساواة بينهما : أما من حيث العصمة فلما ذكرنا . ومن حيث الشرف والفضيلة أيضا . فصار كالمستأمن ، فأنا أجمعنا على أن المسلم لا يقتل بالمستأمن / وإن[١] كان معصوما ، للتفاوت بين العصمتين - كذلك ههنا . ١/١٨٠

الجواب :

أما نصوص القرآن - [ف] قوله تعالى : ﴿ لا يستوى ... الآية ﴾[٢] - قلنا : وجوب القصاص لا يوجب المساواة بينهما ، بدليل أن الله تعالى نفى المساواة بين العالم والجاهل بقوله : ﴿ قل هل يستوى الذين ... الآية ﴾ [٣] ، ومع هذا يقتل العالم بالجاهل ، ولأنا أجمعنا على أن المساواة ثابتة بين المسلم والذمى فى قتل الخطأ فى حق حكم الدية ، فعلم أن المراد نفى المساواة فى حق أحكام الآخرة .

وأما الحديث - قالوا : المراد منه الحربى أو هو عام خص منه البعض - لأنا أجمعنا على أن الذمى إذا قتل الذمى ثم أسلم ، يقتل به ، فيخص المتنازع فيه بما ذكرنا .

على أن هذه النصوص :

معارضة بما روى أن رسول الله ﷺ أقاد مسلماً قتل يهودياً ، وقال : « أنا أحق من وفى بذمته »[٤] .

---

(١) فى الأصل : « وإن وإن » - قال فى التحفة ، ٣ : ١٤٥ : « وأجمعوا أن المسلم لا يقتل بالمستأمن وكذلك الذمى » .
(٢) الحشر : ٢٠ .
(٣) الزمر : ٩ - ﴿ .. قل هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون إنما يذكر أولوا الألباب ﴾ .
(٤) بلوغ المرام ، رقم ١٠٠٣ ص ١٨٢ : « وعن عبد الرحمن بن البيلمانى رضى الله عنه أن النبى ﷺ قتل مسلماً بمعَاهَد وقال : « أنا أولى من وَفَى بذمته » أخرجه عبد الرزاق هكذا مرسلا ووصله الدارقطنى بذكر ابن عمر فيه ، وإسناد الموصول واهٍ » . وسبل السلام ، ٣ : رقم ١٠٩٩ ص ١٢٠١ - ١٢٠٢ .

ومعارضة بقوله : إذا قبلوا عقد الذمة فلهم ما للمسلمين(١) وعليهم ما عليهم .

قوله : لم قلتم بأن الذمى معصوم – قلنا : لما تلونا من النص .

قوله : لم قلتم بأن الحكم الممدود إلى غاية قبول الجزية إباحة القتل ، بل وجوب القتل – قلنا : عنه جوابان :

أحدهما – أن هذا الأمر يقتضى الإباحة دون الوجوب ، لأن قتل جميع الكفرة غير ممكن .

والثانى – أن قتلهم لم يكن مباحا بل واجبا . فإذا انتهى الوجوب ، لم تثبت الإباحة . على أن الإباحة ثابتة فى ضمن الوجوب ، فإذا انتهى الوجوب تنتهى الإباحة ضرورة .

قوله : ههنا دليل العصمة ثابت – قلنا : لا نسلم .

وأما قوله تعالى : ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾(٢) – قلنا عام خص منه قتل الذمى بالإجماع ، فإنه يحرم قتلهم بالإجماع . /

قوله : عصمة الذمى مثل عصمة المسلم أم دونها ؟ قلنا : مثلها ، لأن سبب العصمة الدار ، ودليل العصمة التكليف . ٢/١٨٠

قوله : عصمة المسلم ثابتة بالإسلام – قلنا : لا نسلم أن الثابت بالإسلام فوق الثابت بعصمة الذمة .

قوله : القصاص يقتضى التساوى ، ولا مساواة بينهما – قلنا : القصاص يقتضى التساوى بين القتلين فى وصف العصمة والحرمة الراجعة إلى الآدمية والحياة ، وفضيلة الإسلام فصل فيما يرجع إلى العصمة ، فصار كشرف العلم والجمال والصلاح والذكورة والعقل والبلوغ ، فإن التفاوت فيها لا يمنع القصاص .

---

(١) هنا فى الأصل نقطة هكذا : « ⊙ »

(٢) التوبة : ٥ – راجع فيما تقدم الهامش ٤ ص ٤٩٧ . وفى الأصل : « اقتلوا .. » .

وأما المستأمن - فلأن كفره باعث على الحراب ، وهو قاصد اللحوق[١] بدار الحرب وتوجيه الشر إلينا - أما ههنا بخلافه .

والله أعلم .

١٩٩ ــ **مسألة** : الحر يقتل بالعبد قصاصا . وعنده : لا يقتل[٢] .

والوجه فيه - أن هذا قتل آدمى معصوم على جهة التعمد : فيكون سببا لوجوب القصاص ، قياسا على قتل الحر بالحر .

وبيان الوصف والتأثير ما ذكرنا فى المسألة المتقدمة|.

فإن قيل : قولكم إن هذا قتل آدمى معصوم - قلنا : هذا قتل آدمى من كل وجه ، أو قتل آدمى من وجه ، مال من وجه[٣] ؟ ع م . وهذا لأن العبد مبتذل [وهو] محل لتصرف الغير ، معرض للبيع والشراء كالبهائم ، فلا يجب القصاص ، لأن القصاص أمر يختص بالآدمى إظهارا لخطره .

ولئن سلمنا أنه آدمى ، ولكن لم قلتم بأنه معصوم أو كان معصوما ، ولكن عصمته تثبت لحق المالك ، فصار كعصمة البهائم ، فلا يوجب القصاص .

١/١٨١ ولئن سلمنا / أنه آدمى معصوم ، ولكن لم قلتم بأنه يجب القصاص ؟ وهذا لأن الداعى إلى إيجاب القصاص الزجر أو الجبر ، وذلك يبتنى على قصد[٤] الأولياء والمعاداة وطلب التشفى ، وذلك منتف ههنا - دل عليه أن القصاص لا يتجزأ بين أطراف العبيد وأطراف الحر ، بالإجماع .

---

(١) فى الأصل كذا : « الحوق » .

(٢) قال فى التحفة ، ٣ : ١٤٥ : « ولهذا قلنا : إن الحر يقتل بالعبد خلافا للشافعى . والعبد يقتل بالحر بالإجماع » .

(٣) « من وجه » أضيفت فى الهامش . وسترد بعد قليل فى الجواب .

(٤) كلمة « قصد » غير واضحة القاف فى الأصل .

ولئن سلمنا أنه وجد الداعى إلى إيجاب القصاص ، ولكن إنما يجب إذا أمكن ، وإنه لا يمكن استيفاء القصاص لاشتباه الولى ، لكن المولى لا يصلح وليا ، لأن الدم حق العبد لا حق المولى ، فصار كالمكاتب إذا قتله حر عمدا : لا يجب على الحر القصاص بالإجماع ، لما ذكرنا من اشتباه الولى – كذا هذا .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد ﴾[1] .

الجواب :

قوله : هذا قتل آدمى من كل وجه أم آدمى من وجه مال من وجه ؟ – قلنا : العبد آدمى من كل وجه ، لوجود خصائص الآدمى وحد الآدمية ، ووصف الملك لا يخل بوصف الآدمية ، وليس من ضرورة كونه آدميا كمال أوصافه ، بدليل أن الطفل آدمى مع نقصان الأوصاف .

قوله : لم قلتم بأنه معصوم ؟ قلنا : لأن دليل العصمة قائم ، وهو ما ذكرنا .

قوله : عصمته ثبتت لحق المالك – قلنا : لا نسلم ، بل تثبت لحقه ولحق المالك جميعا ، فذاك يؤكد العصمة .

قوله : لم[2] يجب القصاص ؟ – قلنا : بالنصوص .

وأما ما ذكر من الداعى – قلنا : ذاك حكمة شرع القصاص يراعى وجودها فى الجنس دون الأفراد على ما عرف .

وأما فصل الأطراف : قلنا : هذا باطل بالشلاء ، فإن الصحيح لا يقطع بالشلاء ، ومع هذا يقتل نفسه بنفسه .

---

(١) البقرة : ١٧٨ – ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ... ﴾ .

(٢) كذا فى الأصل : « لم » .

٢/١٨١ على أنا نقولِ : طرف العبد / مال من كل وجه ، بخلاف طرف الحر .

قوله : لا يمكن استيفاء القصاص لاشتفاء[١] الولى – قلنا : المولى وليه ، بدليل أنه يملك إنكاحه . وقال عليه السلام : « لا نكاح إلا بولى »[٢] . ولو قتل العبد خطأ ، فالدية للمولى ، ولا تجب الدية إلا للولى . والعبد إذا قتل العبد ، فالمولى يستوفى القصاص ، فدل أنه ولى ، بخلاف المكاتب : إذا قتل عن وفاء ، لاختلاف الصحابة فى حريته ، فيشتفيه الولى[٣] .

وأما الآية – قلنا : ذاك لا ينفى القصاص بين الحر والعبد ، بدليل أنه لا ينفى بين الذكر والأنثى .

٢٠٠ ــ **مسألة** : مباح الدم بأى سبب كان إذا التجأ إلى الحرم يصير آمنا عن القتل فيه والإخراج عنه للقتل . لكن يمنع عنه الطعام والشراب حتى يضطر إلى الخروج ، فيخرج فيقتل .

وعنده : لا يصير آمنا عن القتل والإخراج منه للقتل .

والوجه فيه – قوله تعالى : ﴿ ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه ﴾[٤] وفى قراءة ﴿ ولا تقتلوهم ﴾ نهى عن قتل الحربى بحضرة المسجد الحرام إلى أن يوجد منه القتل ، لأن كلمة « عند » للحضرة ، والنهى للتحريم ، وحضرة المسجد الحرام هو الحرم .

---

(١) فى الأصل كذا : « لاشتيفاه » . وفى المعجم الوسيط : اشتفى من عدوه بلغ ما يذهب غيظه منه . على ما قال الله تعالى : ﴿ ويشف صدور قوم مؤمنين ﴾ التوبة : ١٤ .

(٢) بلوغ المرام ، رقم ٨٣٢ و ٨٣٣ ، ص ١٥١ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٩٢٠ و ٩٢١ ص ٩٨٧ – ٩٨٩ .

(٣) فى الأصل : « فيشتبه » .

(٤) البقرة : ١٩١ – ﴿ .. ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فإن قاتلوكم فاقتلوهم كذلك جزاء الكافرين ﴾ .

فإن قيل : لا نسلم بأن هذه الآية تقتضى حرمة القتل فى الحرم .

قوله : بأنها تقتضى حرمة القتل بحضرة المسجد الحرام - قلنا : لا نسلم ، بل تقتضى حرمة القتل فى المسجد الحرام . ونحن نقول : القتل فى المسجد الحرام وفى سائر المساجد حرام .

قوله كلمة « عند » للحضرة - قلنا : لا نسلم ، بل كلمة « عند » للقرب ، إلا أن القرب قد يكون بالحضرة وقد يكون بالظرفية ، وههنا القرب بطريق الظرفية[1] - دل عليه قوله تعالى : ﴿ ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه ﴾ / [2] ١/١٨٢ أى فى المسجد الحرام ، فيكون معناه « ولا تقتلوهم فى المسجد الحرام » .

ولئن سلمنا أن القتل عند المسجد الحرام حرام ، لكن لم قلتم بأن القتل [فى] جملة[3] الحرم حرام ، والخلاف فيه .

ولئن سلمنا أن الآية تقتضى حرمة القتل فى الحرم ، لكن لم قلتم بأنها [لا] تقتضى[4] حرمة الإخراج عنه للقتل ؟ .

ثم نقول الآية منسوخة بقوله تعالى : ﴿ واقتلوهم حيث ثقفتموهم ﴾[5] وبما روى

---

(١) فى المعجم الوسيط : « عِنْد ظرف مكان للشيء الحاضر تقول : عندى مصحف إذا كان فى البيت الذى أنت فيه . وللشيء القريب - تقول : عندى مصحف إذا كنت فى مكان عملك والمصحف فى بيتك وهما متجاوران مثلا . وللشيء الغائب تقول عندى مصحف : إذا كنت تملكه وهو غائب عنك كأن يكون مستعارا ... الخ » .

(٢) البقرة : ١٩١ - راجع فيما تقدم الآية فى الهامش ٤ ص ٥٠٢ ' ﴿ .. ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه ﴾ .

(٣) انظر ما يلى .

(٤) فى الأصل « بأنه يقتضى » .

(٥) البقرة : ١٩١ . والنساء : ٩١ - ﴿ واقتلوهم حيث ثقفتموهم ﴾ .

عن أنس بن مالك أن رسولَ الله ﷺ دخل مكة عام الفتح وعلى رأسه المغفرة(١) فلما نزعه جاءه رجل فقال « ابن خطل متعلق بأستار الكعبة ، فقال : اقتلوه »(٢) - أخرجه البخارى ومسلم - وفى الحديث : « إن الحرم لا يعيذ عاصيا ولا فارا بدم ولا فارا بجزية »(٣) .

الجواب :

قوله : بأن كلمة « عند » للقرب - قلنا : بلى ، ولكن لقرب مخصوص وهو القرب بطريق المجاورة ، لا الظرفية يقال : رأيت فلانا عند المسجد - يراد به ما ذكرنا ، لا الظرفية .

فأما قوله تعالى : ﴿ حتى يقاتلوكم فيه ﴾ - قلنا : ظاهر النص يقتضى حرمة القتل فى الحرم ممدودا إلى غاية القتال فى المسجد الحرام ، وهذا يكفى .

قوله : لم قلتم بأن القتل فى جملة الحرم حرام - قلنا : لأن النص يقتضى تحريم القتل فى الحرم ، فيجب إجراؤه على إطلاقه .

---

(١) فى مختار الصحاح : « ومَعَافِر بفتح الميم حى من هَمْدان لا ينصرف معرفةً ولا نكرة كمساجد ، وإليهم تنسب الثياب المعافريَّة تقول ثوب مَعَافِرِيٌّ - فتصرفه » .

(٢) قال أستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة فى كتابه : « خاتم النبيين » القسم الثانى ، رقم ٦٠٨ ، ص ١٢٠٩ - ١٢١١ « كان هذا العفو ، (وهو قوله ﷺ لأهل مكة عند الفتح « اذهبوا فأنتم الطلقاء » الكتاب نفسه ص ١٢٠٧) الشامل لقريش أمانا لكل أهل مكة ، ودعا إلى ألا يقتل إلا تسعة ، أهدر رسول الله ﷺ دمهم وأباح قتلهم ولو تعلقوا بأستار الكعبة وهم : عبد الله بن أبى السَّرح وعكرمة بن أبى جهل قبل إسلامه وعبد الله بن خطل والحارث بن نفيل بن وهب ومقيس بن صبابة وهبار بن الأسود وقينتان لابن خطل كانتا تغنيان بهجاء رسول الله ﷺ وسارة مولاة لبعض بنى عبد المطلب » أما عكرمة بن أبى جهل فقد أسلم وأما الآخرون فمنهم من أسلم ثم ارتد وقتل . ومنهم من استؤمن له من رسول الله ﷺ - راجع فى بيان مصيرهم أستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ، الكتاب نفسه ، ص ١٢١٠ - ١٢١١ .

(٣) فى الأصل كذا : « بحربه » .

قوله : لم قلتم بأنه[١] يقتضى حرمة الإخراج - قلنا : نحن نتعلق بهذا النص لحرمة القتل ، وإنه مختلف فيه ، فيصح التعلق به - على أنا نقول : حرمة القتل إنما كانت لتعظيم الحرم - هذا المعنى موجود فى الإخراج .

قوله : الآية منسوخة - قلنا : لا نسلم .

وأما قوله : ﴿ اقتلوهم حيث ثقفتموهم ﴾ - فذاك مخصوص بما يليه وهو قوله : ﴿ ولا تقاتلوهم[٢] عند / المسجد الحرام ﴾[٣] .

٢/١٨٢

وأما الحديث - قلنا : كان ذلك يوم فتح مكة . وقد قال عليه السلام : « إنما أحلت لى ساعة من النهار ثم عادت حراما »[٤] .

والحديث الثانى - هو قول عمرو بن سعيد العاص فلا يكون حجة . على أن المراد منه من أنشأ الجناية فى الحرم ، فإنه يقتل فيه بالإجماع .

والله أعلم .

---

(١) « بأنه » غير واضحة فى الأصل كلها .

(٢) فى الأصل : « ولا تقتلوهم » .

(٣) قال الشوكانى فى فتح القدير ، ١ : ١٩١ : ﴿ ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام ... ﴾ الآية - اختلف أهل العلم فى ذلك : فذهبت طائفة إلى أنها محكمة وأنه لا يجوز القتال فى الحرم إلا بعد أن يتعدى بالقتال فيه فإنه يجوز دفعه بالمقاتلة له ، وهذا هو الحق . وقالت طائفة : إن هذه الآية منسوخة بقوله تعالى : - ﴿ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ﴾ ويجاب عن هذا الاستدلال بأن الجمع ممكن ببناء العام على الخاص ، فيقتل المشرك حيث وجد إلا بالحرم . ومما يؤيد ذلك قوله ﷺ : « إنها لم تحل لأحد قبلى وإنما أحلت لى ساعة من نهار » وهو فى الصحيح . وقد احتج القائلون بالنسخ بقتله ﷺ لابن خطل وهو متعلق بأستار الكعبة . ويجاب عنه بأنه وقع فى تلك الساعة التى أحل الله لرسوله ﷺ » وانظر المرجع نفسه ، ١ : ٤٩٦ فى تفسير قوله تعالى : ﴿ ... واقتلوهم حيث ثقفتموهم » .

(٤) راجع فيما تقدم الهامش السابق .

٢٠١ ــ **مسألة** : دية العبد المقتول خطأ لا يزاد على عشرة آلاف درهم ، بل **ينقص منها عشرة . وتتحملها العاقلة . وعنده : تبلغ إلى تمام قيمته ، ولا تتحملها العاقلة ، كضمان سائر الأموال**(١) .

والوجه فيه - قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾(٢) - الله تعالى أوجب الدية بقتل المؤمن مطلقا ، والعبد مؤمن ، فكان النص متناولا له ، والدية ما تجب بمقابلة الدم ، لا ما تجب بمقابلة المال ، لأن الواجب بدلا عن المال يسمى ضمانا ، لا دية ، إلا أن عصمة الحر فوق عصمة العبد ، وخطر الحر وشرفه أبلغ . ثم ضمان الحر لا يزاد على عشرة آلاف ، فإذا كان التفاوت بين الحر والعبد في المعنى المستدعى للضمان وهو العصمة والشرف ثابتا ، [فـ] لا بد من القول بنقصان ضمانه عن ضمان الحر ، فقدرنا النقصان بعشرة دراهم ، لأنه أدنى مال له خطر في الشرع ، ولهذا توقف القطع في باب السرقة عليه ، فنقصنا عن ضمانه عشرة ، عملا بانحطاط رتبته ودنو حاله .

فإن قيل : قولكم بأن الدية ما يجب بمقابلة الدم - قلنا : دية الحر أم دية العبد ؟

١/١٨٣ **م ع - والواجب بمقابلة العبد / هو القيمة لا الدية .**

والدليل على أن هذا الضمان وجب بمقابلة المال دون(٣) الآدمي - المعقول ، والأحكام .

---

(١) قال في التحفة ، ٣ : ١٧٣ - ١٧٤ : « وأما في العبد إذا قتله حر خطأ : فإن كان قليل القيمة فإنه يجب قيمته بالإجماع - فأما إذا كان كبير القيمة بأن زادت قيمته على دية الحر : قال أبو حنيفة ومحمد : يجب عشرة آلاف إلا عشرة . وقال أبو يوسف والشافعي : تجب قيمته بالغة ما بلغت ، إلا أن عند الشافعي تجب بمقابلة المالية . وعند أبي يوسف تجب بمقابلة الدم . ولهذا قال : مقدار الدية يجب على العاقلة ، ويجب مؤجلاً في ثلاث سنين ويدخل فيه الإبل كما قالا - والمسألة معروفة . وأما إذا قتله عبد خطأ فإنه يجب الدفع أو الفداء » .

(٢) النساء : ٩٢ .

(٣) تبدو في الأصل كذلك .

أما المعقول - فهو أنا لو أوجبنا هذا الضمان بمقابلة الآدمى ، كان هذا الضمان مخالفا لسائر الضمانات ، لأنه لا يتقدر بقيمة المحل ولا يكون مثلا له . ولو أوجبناه بمقابلة المال ، كان موافقا[١] لسائر الضمانات ، ولا شك أن الثانى أولى .

وأما الأحكام :

منها - أن الضمان وجب حقا للمولى ، والضمان إنما يجب حقا لمن كان المضمون حقا له ، والعبد حق المولى من حيث إنه مال ، لا من حيث إنه آدمى .

ومنها - أن حكم البيع يبقى فى بدل العبد المقتول ، حتى إن العبد المبيع إذا قتل قبل القبض يبقى العقد منعقدا على القيمة ، والبيع إنما يبقى فى بدل المبيع ، والمبيع هو المال .

ومنها - أن حكم الرهن يبقى فى قيمة العبد .

ومنها - أن الراهن لو قتل العبد المرهون ، يجب عليه كمال قيمته ، ويكون رهناً .

ومنها - أن قيمة العبد إذا كان أقل من عشرة آلاف درهم ، يتقدر ضمانه بقدر قيمته لا بالدية[٢] .

ولئن سلمنا أن هذا الضمان وجب بمقابلة الآدمى ، لكن لم قلتم بأنه ينقص عشرة ؟[٣] .

قوله - إظهارا لخطر الحر ودناءة العبد - قلنا : إظهار نقصان العبد كما يكون بنقصان العشرة ، فكذلك يكون بجعل المالية معيارا له ، إلحاقا له بالبهائم ، فلم كان ما ذكرتم أولى مما ذكرنا ؟ بل ما ذكرناه أولى ، لأن له نظيرا فى الشرع ، وهو قليل القيمة .

---

(١) فى الأصل تشبه : « مواقعا » .

(٢ - ٣) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٥٠٦ .

الجواب :

قوله : الدية ما يجب بمقابلة الدم : دية الحر أم دية العبد ؟ قلنا : لأن المنقول فى اللغة أن الدية / بدل الدم لا بدل المال ، فإذا سمى دية [فإنها] تقع عن الدم لا عن المال .

٢/١٨٣

قوله : لو أوجبنا هذا الضمان بمقابلة الآدمى ، كان هذا الضمان مخالفا لسائر الضمانات – قلنا : بلى ، ولكن إيجابه بمقابلة الآدمى أولى ، لأن الآدمى أصل قائم بنفسه ، والمالية تبع قائم به ، ومعلوم أن تضمين الأصل أولى من تضمين التبع ، لأن الأصل إذا صار منجبراً بالضمان ، صار التبع منجبراً ، ولا كذلك على العكس .

وأما الأحكام :

قوله : بأن الضمان يجب للمولى – قلنا : بطريق الأصالة أم بطريق النيابة عن العبد ؟ ع م – وهذا لا يدل على أنه بدل المال كالقصاص .

وأما حكم البيع والرهن – [فـ] إنما يبقى ، لأن بقاء المبيع والرهن لا يستدعى قيام المحل لا محالة ، بل يعتمد قيام فائدة ما – ألا ترى أن الشاة المرهونة إذا ماتت ، بطلت ماليتها ، ويبقى الرهن حتى لو دبغ جلدها كان رهنا عنده .

وأما الراهن إذا قتل العبد المرهون – قلنا : دم العبد ليس بمضمون فى حق المولى ، فكان الواجب هو القيمة – أما ههنا بخلافه .

وأما قليل القيمة – قلنا : ثمة الواجب بدل الآدمى ، وهو ضمان الدم أيضا ، إلا أنا[1] جعلنا المالية معيارا له ، لأنه أمكن ومست الحاجة إليه ، لأنه لا يؤدى إلى المساواة بين الحر والعبد أو الزيادة عليه[2] .

---

(١) فى الأصل : « ان » .

(٢) « عليه » كأنها فى الأصل كذلك .

قوله : لم قلتم بأن المالية لا تجعل معيارا لهذا الضمان ؟ قلنا : لعدم الحاجة وعدم الإمكان .

قوله : بجعل المالية معيارا يظهر انحطاط رتبته - قلنا : بلى ، ولكن يؤدى إلى ارتفاع حاله وزيادة خطره بأن يزيد بدله على بدل الحر ، فكان ما ذكرناه أولى .

والله أعلم .

٢٠٢ ــ **مسألة** : القتل / العمد لا يوجب الكفارة ، خلافا له . ١/١٨٤

والوجه فيه - قول الله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها ﴾(١) - الله تعالى جعل الخلود فى النار جزاء القتل العمد ، والجزاء اسم لما يكون كافيا ، وهذا ينفى وجوب شىء آخر ، إذ لو وجب شىء آخر لم يبق هو كافيا .

فإن قيل : لا يصح التمسك بهذه الآية فى هذا الحكم ، لأن الآية نزلت فى الكافر ، بقرينة ذكر الخلود واللعن والغضب . وقد قالوا : « متعمدا » معناه « مستحلا » فلا تتناول محل النزاع ، ولأن القصاص وحرمان الميراث أيضا جزاء للقتل العمد بالإجماع ، فبطل قولكم إن الجزاء اسم لما يكون كافيا .

ثم نقول : أجمعنا على وجوب الكفارة فى القتل الخطأ ، فوجب أن يجب ههنا ، لأن الكفارة إنما وجبت ثمة لجبر الفائت ، وهو حق الله تعالى فى النفس ، وهذا المعنى موجود هنا .

الجواب :

قوله : الآية فى حق الكافر - قلنا : لا نسلم .

---

(١) النساء : ٩٣ - ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما ﴾ .

وأما الخلود – قلنا : الخلود قد يذكر ويراد به طول المكث لا التأبيد ، إما بطريق الحقيقة أو بطريق المجاز .

وأما اللعن والغضب – فذاك عبارة عن الإبعاد من الرحمة ، وقد يكون ذلك موقتا ، فيستحقه القاتل العامد .

وأما وجوب القصاص وحرمان الميراث – قلنا : النص متى اقتضى كون النار جزاء للقتل ، فقد اقتضى كونه كافيا ، وذا يقتضى نفى ما سواه ، إلا أن بعض الأشياء قد خص ، وهو القصاص وحرمان الميراث ، فبقى الباقى داخلا تحت النص ، فصار النص مع دلالة الإجماع ، مقتضيا كون النار مع القصاص وحرمان الميراث كُلَّ موجَب القتل . وهذا ينفى وجوب الكفارة .

٢/١٨٤ قوله : الكفارة / وجبت فى الخطأ لجبر حق الله – قلنا : لا نسلم ، فإن الواجب وهو الكفارة ، شرع لرفع الذنب ، لا للجبر[١] ، لأن الاسم ينبىء عن الستر لا عن الجبر . والمعنى المعقول فى المسألة أن هذه جناية مكفرة بالتوبة ، فلا يجب الإعتاق موجَبا لها ، قياسا على سائر الجنايات المكفّرة بالتوبة .

وبيان الوصف والتأثير والأسولة عليه والأجوبة عنها – ما ذكر فى مسألة اليمين الغموس[٢] .

والله أعلم بالصواب .

انتهى بحمد الله

---

(١) وردت فى الهامش عبارة « والذنب إنما يرتفع فى القتل الخطأ دون العمد ، فلا تجب الكفارة فى العمد » وهى بخط غير خط المتن .

(٢) راجع فيما تقدم المسألة ٧٣ ص ١٨٤ – ١٨٧ .

وافق الفراغ من هذا الكتاب فى جمادى الآخرة ليلة الثلاثاء لثلاث ليال خلون منه سنة ثلاث وسبعين وستماية والحمد لله رب العالمين .

قوبل وصحح بأصله المكتوب من أوله إلى آخره .

الورق ١٨٥ المسطرة ٢١ .

* * *

تم بعون الله وتوفيقه نسخه ومراجعته والتقديم له وتحقيقه والتعليق عليه وتصحيح تجاربه على مدى سنتين من العمل الجاد المتصل ابتغاء خدمة الفقه الإسلامى رجاء رضوان الله ومغفرته .

وإنى أشكر مطبعة المختار : صاحبها ومديرها وعمالها على ما بذلوا من جهد فى سبيل إخراج هذا الكتاب على هذا الوجه من الإتقان .

والله المسئول أن يوفقنا إلى مزيد من خدمة شريعة الله وأن يجعل ذلك فى ميزاننا يوم القيامة .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والعاملين بسنته إلى يوم الدين .

الدكتور محمد زكى عبد البر

ذو القعدة ١٤١٠ هـ - مايو ١٩٩٠ م

٤١ شارع العراق - مدينة المهندسين - الجيزة - مصر

* * *

إيضاح

(١) فى ص ٨٥ (١/٣١ من المخطوطة) فى المتن (س ٥ من أسفل) : « وجدت المرأة زوجها عنيناً أو مجبوباً » - فى الأصل : « عتيناً أو مجنوناً » والصحيح ما أثبتناه فى المتن .

انظر : رأس المسألة ٣٦ ص ٨٤ . وكذا ص ٨٦ (٢/٣١ من المخطوطة) س ٧ من أسفل . وراجع السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٣٣٥ . والظاهر أنه خطأ من الناسخ إذ جعل النقطتين فى الكلمة الثانية من فوق بدلاً من أن تكونا من تحت .

(٢) فى ص ١١٧ (آخر ١/٤٢ من المخطوطة) فى المتن (س ٣ من أسفل) : فى الأصل كذا : « بما روى عمرو بن شعيب عن ابنه عن جده ... » والصحيح ما أثبتناه - راجع الهامش ٢ من الصفحة نفسها .

مراجـع التحقيق

نورد فيما يلى بياناً بما تكرر الرجوع إليه من مراجع فى التحقيق ، مرتبة حسب الموضوع ، ثم حسب وفاة المؤلف .

القرآن الكريم وتفسيره :

- القرآن الكريم .
- ابن كثير (٧٧٤ هـ) - « تفسير القرآن العظيم » . دار الأندلس - بيروت .
- الشوكانى (١٢٥٠ هـ) - « فتح القدير » - دار الفكر - مصر .

فى الحديث :

- ابن حجر العسقلانى (٨٥٢ هـ) - « بلوغ المرام من أدلة الأحكام » . حقق أصوله وعلق عليه رضوان محمد رضوان . دار الكتاب العربى - مصر .
- الصنعانى (محمد بن إسماعيل الكحلانى - ١١٨٢ هـ) « سبل السلام » شرح « بلوغ المرام » المتقدم ذكره . دار إحياء التراث العربى - بيروت ، لبنان . وطبعة دار الجبل - بيروت - لبنان

فى أصول الفقه :

- السمرقندى (علاء الدين - ٥٣٩ هـ) - « ميزان الأصول فى نتائج العقول - المختصر » . تحقيقنا ونشرنا - الطبعة الأولى . مطابع الدوحة الحديثة - قطر . ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

فى الفقه :

السمرقندى (علاء الدين - ٥٣٩ هـ) - « تحفة الفقهاء » تحقيقنا ونشرنا . الطبعة الأولى . مطبعة جامعة دمشق . ١٣٧٧ - ١٣٨٧ هـ . ١٩٥٨ -

١٩٥٩ م . في ثلاثة أجزاء . والطبعة الثانية ، مصورة عن الأولى . إدارة إحياء التراث الإسلامى بدولة قطر . ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م .

- الكاسانى (علاء الدين - ٥٨٧ هـ) - « بدائع الصنائع » الطبعة الأولى . مصر . ١٣٢٨ هـ - ١٩١٠ م .

- المرغينانى (٥٩٣ هـ) - « البداية والهداية » . ومعها شرحها : البابرتى (٧٨٦ هـ) - « العناية » . وابن الهمام (٨٦١ هـ) « فتح القدير » . المطبعة الأميرية . الطبعة الأولى . ١٣١٦ هـ .

- الزيلعى (٧٤٣ هـ) - « تبيين الحقائق » شرح « كنز الدقائق » للنسفى (٧١٠ هـ) والشلبى (حوالى ١٠٠٠ هـ) عليه .

- ابن نجيم (٩٧٠ هـ) - « البحر الرائق » شرح « كنز الدقائق » للنسفى (٧١٠ هـ) طبع مصر . ١٣٣٤ هـ .

- ابن عابدين (١٢٥٢ هـ) - « رد المحتار » على « الدر المختار » للحصكفى (١٠٨٨ هـ) . شرح « تنوير الأبصار » للتمرتاشى (١٠٠٤ هـ) . المطبعة الأميرية ١٢٧١ هـ .

- مجلة الأحكام العدلية .

- مرشد الحيران - لمحمد قدرى باشا . الطبعة الثالثة . المطبعة الأميرية بمصر . ١٩٠٩ هـ .

- أحمد إبراهيم (أستاذنا) . « طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية » . القاهرة . ١٣٤٧ هـ - ١٩٢٨ م . المطبعة السلفية .

- على الخفيف (أستاذنا) - « أحكام المعاملات الشرعية » . البحرين . الناشر بنك البركة الإسلامى .

فى السيرة النبوية :

- محمد أبو زهرة (أستاذنا) - « خاتم النبيين ﷺ » فى مجلدين - طبع قطر . ١٣٩٩ - ١٤٠٠ هـ .

فى التراجم :

- ابن عبد البر (أبو عمر يوسف - ٤٦٣ هـ) - « الاستيعاب فى معرفة الأصحاب » .

فى اللغة :

- « مختار الصحاح » . لمحمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى . مكتبة المؤيد بالطائف . ١٣٩٠ هـ - ١٩٧١ م .
- « المعجم الوسيط » مجمع اللغة العربية . الطبعة الثانية . مصر . فى مجلدين ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م .
- « المعجم الوجيز » مجمع اللغة العربية . الطبعة الأولى . مصر ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .

مع ملاحظة أننا كنا نرجع إلى طبعات أخرى أحيانا حسب الظروف .

والله الموفق



الفهرست

٣ - كتاب الصوم

٤ - كتاب النكاح

٥ - كتاب الطلاق

٦ - كتاب العتاق

٧ - كتاب الأيمان

٨ - كتاب الحدود

٩ - كتاب السرقة

١٠ - كتاب السير

١١ - كتاب الغصب

١٢ - كتاب الوديعة

١٣ - العارية

١٧ - كتاب الصرف

١٨ - كتاب الشفعة

١٩ - كتاب الإجارات

٢٠ - كتاب الشهادات

٢١ - كتاب الدعوى

* * *

للمحقق

(أولاً) فى التأليف

١ - نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى - الجزء الأول : فى الفقه الحنفى . وبه فهرست تاريخى للمراجع - الطبعة الأولى . مطبعة الفجالة الجديدة . القاهرة ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م .

٢ - مذكرات فى الفقه الحنفى . لطلبة الصف الرابع بكلية الشريعة - جامعة دمشق . مطبعة جامعة دمشق . ١٣٧٩ هـ - ١٩٥٩ م .

٣ - الحكم الشرعى والقاعدة القانونية - دار القلم بالكويت - ١٤٠٢ - ١٩٨٢ م . وسبق نشره فى مجلة إدارة قضايا الحكومة بمصر .

٤ - التصرفات والوقائع الشرعية - دار القلم بالكويت . ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م . وسبق نشره فى مجلة إدارة قضايا الحكومة بمصر .

٥ - الربا وأكل المال بالباطل - دار القلم بالكويت . ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م . وسبق نشره فى مجلة إدارة قضايا الحكومة بمصر .

٦ - تقنين الفقه الإسلامى - إدارة إحياء التراث الإسلامى بدولة قطر . الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٢ م والطبعة الثانية مزيدة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م .

٧ - أحكام العقود الناقلة للملك فى الفقه الحنفى - دار الثقافة ، قطر ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .

٨ - أحكام المعاملات المالية فى الفقه الحنفى - دار الثقافة ، قطر ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

(ثانياً) فى تحقيق مخطوطات الفقه والأصول

تحقيق ونشر المخطوطات الآتية لأول مرة :

١ - تحفة الفقهاء - لعلاء الدين السمرقندى (٥٣٩ هـ) وهو أصل بدائع الصنائع للكاسانى (٥٨٧ هـ) . مطبعة جامعة دمشق . ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٩ م . فى ثلاثة أجزاء . وطبع ثانياً تصويراً من الأولى فى قطر ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م .

٢ - ميزان الأصول فى نتائج العقول (المختصر) - لعلاء الدين السمرقندى (٥٣٩ هـ) . مطابع الدوحة الحديثة - الدوحة ، قطر ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

٣ - طريقة الخلاف فى الفقه بين الأئمة الأسلاف - للشيخ الإمام محمد بن عبد الحميد الأسمندى (٥٥٢ هـ) وهو هذا .

٤ - أصول الفقه - لصاحب طريقة الخلاف المتقدم (تم إعداده للنشر قريباً إن شاء الله) .

(ثالثاً) البحوث والمقالات

١ - العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى العراقى وما يقابله فى القانون المدنى المصرى - مجلة القانون والاقتصاد . السنة الخامسة والعشرون . العددان الأول والثانى ، مارس ويونية سنة ٩٥٥ م ، ص ١١٠ - ٢٠٠ .

٢ - كلمة فى الحجر على المدين فى الفقه الإسلامى وما يقابله فى القانون المدنى العراقى - مجلة المحاماة بمصر ، السنة ٣٦ (السادسة والثلاثون - العدد التاسع ، سنة ١٩٥٥ م ، ص ١٤٣٠ - ١٤٤٩) .

٣ - مبدأ سلطان الإرادة فى الفقه الإسلامى ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثانى ، من السنة الثامنة .

٤ – مصطلحات القانون ومصطلحات الفقه الإسلامى واستعمال كل فى مجال الآخر – مجلة جامعة أم درمان الإسلامية بالسودان ، العدد الأول ، السنة الأولى ، سنة ١٣٨٨ هـ – ١٩٦٨ م .

٥ – القضاء فى مصر بين الوحدة والتعدد (فى سبعة فصول وخاتمة) . الفصل الأول : من الفتح الإسلامى إلى الفتح العثمانى (عهد القضاء الإسلامى) ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثالث من السنة التاسعة عشرة . وبقية الفصول الستة الأخرى والخاتمة تحت الطبع .

٦ – مصطلحات أصول الفقه وعقد البيع مع أستاذنا الجليل صاحب الفضيلة المرحوم الشيخ على الخفيف ، رحمه الله وجعل الجنة مثواه . (لمجمع اللغة العربية بمصر . ١٩٧٤ هـ – ١٩٧٥ م) . وما زالت تحت النشر لدى المجمع .

٧ – مصادر الحق فى الفقه الإسلامى – للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، تجربة حاسمة فى أسلوب دراسة الفقه الإسلامى ، مجلة أضواء الشريعة التى تصدرها كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض . العدد الثامن – جمادى الآخرة ، سنة ١٣٩٧ هـ .

٨ – منهج الإسلام فى حل المنازعات بين الناس – مجلة أضواء الشريعة المتقدمة – العدد التاسع ، سنة ١٣٩٨ هـ .

٩ – الاسم فى الشريعة الإسلامية . حولية كلية الشريعة – جامعة قطر . ١٤٠٢ هـ – ١٩٨٢ م .

١٠ – علم أصول الفقه وعلم أصول القانون . حولية كلية الشريعة – جامعة قطر ، ١٤٠٣ هـ – ١٩٨٣ م .

١١ – الدين والعين فى الفقه الإسلامى ، والحق الشخصى والحق العينى فى الفقه الغربى . مجلة القانون والاقتصاد . العدد الخاص بالعيد المئوى لكلية الحقوق – جامعة القاهرة – (مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٣) .

١٢ - الحوالة فى الفقه الإسلامى - الباب الأول : فى المذهب تالحنوفى - حولية كلية الشريعة بجامعة قطر . العدد الرابع ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، ص ٤٤٩ - ٥٤٠ .

١٣ - الحوالة فى الفقه الإسلامى - الباب الثانى : فى المذاهب الثلاثة الأخرى : المالكى والشافعى والحنبلى - حولية كلية الشيعة بجامعة قطر ، العدد السادس ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م ، ص ٢٦١ - ٣٠٤ .

١٤ - لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام وإساءة استعمال الحق فى الفقه لإسلامى - مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة والخمسون ١٩٨٥ م . ص ١٧ - ٦٤ .

تحت النشر الآن :

١٥ - القضاء فى المجتهد فيه : متى يكون نهائياً - فى مجلة القانون والاقتصاد ، العدد السابع والخمسون .

١٦ - القبض فى العقود المالية فى الفقه الإسلامى الحنفى .

(رابعاً) فى التقنين

١ - الإسهام فى وضع مشروع التقنين المدنى الأردنى (القانون الصادر فى ٢٣ من آيار (مايو) سنة ١٩٧٦ م ، والمنشور فى الجريدة الرسمية الأردنية فى عددها الصادر فى الأول من آب (أغسطس) سنة ١٩٧٦ م ، والمطبق فى مطلع عام ١٩٧٧ م) .

٢ - مشروع قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية فى الفقه الإسلامى مع مذكرة إيضاحية لكل مادة - لجنة تقنين الفقه الإسلامى بمجلس الشعب المصرى ١٩٨٣ هـ - ١٩٨٤ م .

فى ذكرى أستاذنا السنهورى رحمه الله وجعل الجنة مثواه

المتوفى فى ٢٠ / ٦ /١٩٧١

١ - السنهورى : القدوة والمثل - مقال فى مجلة القضاء ، عدد سبتمبر سنة ١٩٧٣ ص ٢٨ - ٣٤ . ومجلة القضاء العراقية عدد سبتمبر سنة ١٩٧٣ .

٢ - أستاذنا السنهورى والشريعة الإسلامية (معهد الفقه الإسلامى المقارن) - مقال فى مجلة « هيئة قضايا الدولة » عدد يونية سنة ١٩٨٩ .

٣ - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ومنهج دراسة الفقه الإسلامى - مقال منشور فى مجلة « البحوث الفقهية المعاصرة » التى تصدر فى الرياض بالسعودية ، العدد الثانى ، السنة الأولى ١٤١٠ هـ - ١٩٨٩ م ، ص ١٠٢ - ١٢٦ .

والحمد لله رب العالمين

والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

« ربنا تقبل منا إنك أنت السميع العليم »